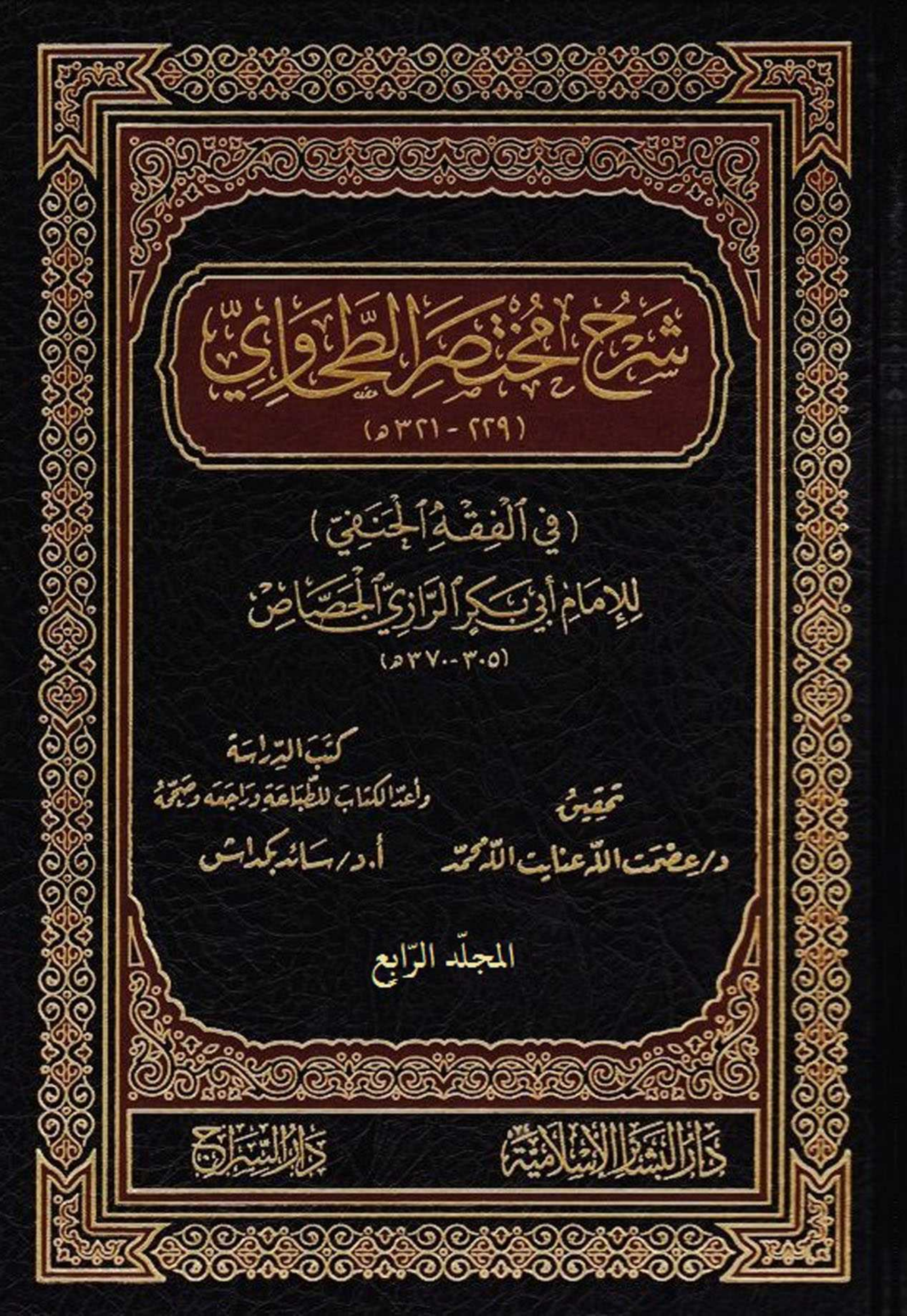


شرح مختصر الطحاوي
(٢٢٩ - ٣٢١ هـ)
(في الفقه الحنفي)
للإمام أبي بكر الرازي الجصاص
(٣٠٥ - ٣٧٠ هـ)
كتب الدراسة
وأعد الكتاب للطباعة وراجعه وصححه
أ.د/ سائد بكداش
تحقيق
د/ عصمت الله عنايت الله محمد
المجلد الرابع
دار البشائر الإسلامية
دار السراج

الطَّبعَة الأولى
١٤٣١هـ - ٢٠١٠م

شركة دار البشائر الإسلامية
للطباعة والنشر والتوزيع ش.م.م
أسسها الشيخ رمزي دمشقية رحمه الله تعالى سنة ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م
بيروت - لبنان ص.ب: ١٤/٥٩٥٥ هاتف: ٧٠٢٨٥٧
فاكس: ٧٠٤٩٦٣/٠٠٩٦١١ e-mail: bashaer@cyberia.net.lb

دار السراج - المدينة المنورة
يُطلب الكتاب منها على العنوان التالي:
البريد الإلكتروني SRAJ1000@hotmail.com



(٢٢٩ - ٣٢١ هـ)

(في الفقه الحنفي)

للإمام أبي بكر الرازي الجصاص

(٣٠٥-٣٧٠ هـ)

المجلد الرابع

تحقيق

أ.د/ سائد بكداش

أعد الكتاب للطباعة وراجعه وصححه

أ.د/ سائد بكداش

دار البشائر الإسلامية



شرح مختصر الطحاوي

٤

كتاب العَطَايا

[أحكام الوقف]

مسألة : [عدم زوال الملك بالوقف عند أبي حنيفة]

قال أبو جعفر : (لا يجوز الوقف في الصِّحَّة في قول أبي حنيفة)[١].

قال أحمد : الوقف جائزٌ في قول أبي حنيفة، إلا أنه لا تَخْرُج الأرضُ الموقوفة عن ملك صاحبها، ولا يَمنع وقفُه إياها جوازَ تـصرُّفه فيهـا، مـن بيعٍ وهبةٍ وغير ذلك، ولا انتقال الملك فيها إلىٰ الوارث بالموت.

وموضع الخلاف بينه وبين مخالِفيه، إنما هو في زوال ملكه بـالوقف، وجواز تصرُّفه.

فأما جواز تصرفه، فلا يمتنع منه، وقد روي عن علـي، وابـن عبـاس رضي الله عنهما قالا: «لا حُبُس[٢] إلا في كُرَاع[٣]، أو سلاح»[٤].

---

(١) المفتىٰ به هو قول الصاحبين، نَقَل هذا العلامة قاسم في تصحيح القدوري عن كثيرين، كما في اللباب للميداني ٢/ ١٨٠، وينظر النكت الطريفة ص٤٠.

(٢) الحُبُس بالضم: الوقف، كما في النهاية ١/ ٣٢٨.

(٣) الكُرَاع: اسم لجميع الخيل، كما في النهاية ٤/ ١٦٥.

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف ١١/ ٥٥ (٢١٣٢٥) عن علي رضي الله عنه من قوله بإسناد حسن، كما في الدراية لابن حجر ٢/ ١٤٥، نصب الراية =

والدليل علىٰ صحة قول أبي حنيفة: ما حدثنا عبد الباقي بن قانع قال: حدثنا عُبَيد بن شريك قال: حدثنا عبد الغفَّار بن داود قال: حدثنا ابن لَهِيْعَة.

قال عبد الباقي: وحدثنا عبد الله بن محمد الورَّاق قال: ثنا كامل بن طلحة قال: ثنا ابن لَهِيْعَة عن عكرمة قال: سمعت ابنَ عباس يقول: سمعت رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم يقول لما نَزَلَتْ سورةُ النساء، وفُرِضَ فيها الفرائض:

«لا حُبُسَ بعد سورة النساء»[1]، ولم يذكر عُبَيْد: «بعدَ سورة النساء».

فإن هذا الخبر دلَّ علىٰ صحة قوله مِن حيث مَنَع أن يكون وَقْفُه إيَّاها حابساً لها عن انتقال الملك منها بالميراث.

وروىٰ سفيان عن مِسْعَر عن أبي عَوْن الثَّقَفِي عن شُرَيح قال: «جاءَ محمدٌ صلىٰ الله عليه وسلم ببيع الحُبُس»[2].

فإن قيل: المراد بالحُبُس المذكور في هذه الأخبار: حُبُس الجاهلية من

٤٧٧/٣، ورواه عن عبد الله ـ بن مسعود ـ ابنُ أبي شيبة (٢١٣٢٦)، وذكره ابن حزم في المحلىٰ ١٧٥/٩، وقال: وما روي عن علي وابن عباس وابن مسعود فلم يصح.

(١) سنن الدارقطني ٦٨/٤، وفي سنده ابن لهيعة، وهو ضعيف، كما في نصب الراية ٤٧٧/٣، وحكم عليه بالوضع ابن حزم في المحلىٰ ١٧٧/٩.

(٢) المصنَّف لابن أبي شيبة ٥٥/١١ (٢١٣٢٧). قال ابن الهمام في فتح القدير ٤٢١/٥: «شريح من كبار التابعين، وقد رفع الحديث، فهو حديث مرسل يَحتج به مَن يَحتج بالمرسل».اهـ

السَّائبة[١]، والوَصيلة[٢]، والحَام[٣]، ونحو ذلك.

قيل له: هو علىٰ العموم في كل حُبُس، إلا ما قام دليله.

وعلىٰ أن قوله في حديث ابن عباس: «لا حُبُس بعد سورة النساء»: لا يجوز أن يكون المراد به حُبُس أهل الجاهلية؛ لأن ذلك الحُبُس لم يكن قط مباحاً في الإسلام.

ويدل علىٰ صحة قولنا في الوقف: ما حدثنا عبد الباقي بن قانع قال: حدثنا هارون بن يوسف قال: حدثنا ابن أبي عمر قال: حدثنا سفيان عن عَمْرو بن دينار عن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم أن عبد الله بن زيد ـ الذي أُرِيَ النِّداء[٤] ـ جَعَلَ حائطاً له صَدَقَة، وجَعَلَه إلىٰ رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم.

فأتىٰ أبواهُ النبيَّ صلىٰ الله عليه وسلم، فقالا: يا رسول الله! لم يكن لنا عَيشٌ إلا هذا الحائط، فردَّه رسولُ الله صلىٰ الله عليه وسلم عليهما،

---

(١) السائبة: التي تسيب في المرعىٰ، فلا تُردُّ عن حوض ولا علف، وذلك إذا ولدت خمسة أبطن، كما في المفردات للأصفهاني ص٢٤٦.

(٢) الوصيلة: هو أن أحدهم كان إذا ولدت له شاته ذكراً وأنثىٰ قالوا: وصلت أخاها، فلا يذبحون أخاها من أجلها، كما في المفردات ص٥٢٥.

(٣) الحام: قيل: هو الفحل إذا ضرب عشرة أبطن، كان يقال: حمىٰ ظهره، فلا يركب، المفردات ص١٣٣.

(٤) ينظر لرؤياه النداء: سنن الترمذي ١/٣٥٩ وقال: حديث حسن صحيح، وقد توسع في الكلام علىٰ هذه الرؤيا الحافظ ابن حجر في الفتح ٢/٧٨، وتنظر ترجمة عبد الله بن زيد في الإصابة ٢/٣١٢.

ثم ماتا، فوَرِثَهُما»[١].

ورواه الأنصاري[٢] في كتابه في الوقف[٣] عن حماد بن سلمة عن يحيىٰ بن سعيد الأنصاري عن أبي بكر بن محمد بن عَمرو بن حزم نحو ذلك.

وذكر أبو الفضل محمد بن يحيىٰ بن الفياض البَصْري صاحبُ الأنصاري أن عبد الوهَّاب حدثه قال: ثنا عبيد الله بن عمر عن بشير بن محمد «عن عبد الله بن زيد أنه تصدَّق بحائطٍ له، فأتىٰ أبواه النبيَّ صلىٰ الله عليه وسلم، فقالا: يا رسول الله! إنه كانت تُقيمُ وُجوهَنا، ولم يكن يقيمُنا شيءٌ غيرها.

فدعا رسولُ الله صلىٰ الله عليه وسلم عبدَ الله بن زيد فقال: إن الله قد

---

(١) سنن الدارقطني ٤/٢٠١ وقال: حديث مرسل؛ لأن عبد الله بن زيد لم يدركه أبو بكر بن حزم، وكذلك قال الحافظ ابن حجر في النكت الظراف علىٰ تحفة الأشراف ٤/٣٤٥، وذكر هنا ابن حجر أن النسائي أخرجه في الكبرىٰ، وقد أخرج هذا الحديث وبطرق أخرىٰ الحاكم في المستدرك ٤/٣٤٨، لكن كلها مرسل فيها انقطاع بين عبد الله بن زيد والذي قبله، قال البيهقي في السنن ٦/١٦٣: وروي – هذا الحديث – من أوجه أُخر عن عبد الله بن زيد كلهن مراسيل.

(٢) هو الإمام المحدث الثقة قاضي البصرة محمد بن عبد الله الأنصاري، من كبار شيوخ البخاري، تفقه بزفر وأبي يوسف، توفي بالبصرة سنة ٢١٥، وعاش ٩٧ سنة، له ترجمة في سير أعلام النبلاء ٩/٥٣٢، الجواهر المضية ٣/١٩٩.

(٣) ذكره الحافظ ابن حجر في الفتح ٥/٤٠٣ ووصفه بأنه جزء ضخم، وينظر كشف الظنون ١/٢١.

قَبِلَ صَدَقَتَك، ورُدَّها علىٰ أبويك، قال: ووَرَّثَه إياها منهما بعد ذلك»[١].

قال أبو الفضل: وحدثنا الأنصاري قال: ثنا أبو أمية بن يعلىٰ الثقفي قال: ثنا أبو الزِّناد قال: «جاء عبد الله بن زيد إلىٰ رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم فقال: يا رسول الله! كل شيء سوىٰ سلاحي، وسَكَني صدقة، يجعلُه رسولُ الله حيث شاء، فجعله رسولُ الله في الأوقاص، يعني المساكين.

فجاء أبواه إلىٰ النبي صلىٰ الله عليه وسلم فقالا: إن بُنَيَّنَا تصدَّق بأرضٍ له، وإنه ليس لنا شيء إلا أن نسأل مع الأوقاص.

فقال لهم النبيُّ صلىٰ الله عليه وسلم: قد رَدَدْتُ عليكما صدقَةَ ابنِكُما، فَكُلا، واتَّقِيَا اللهَ، فأكلاها حتىٰ ماتا.

فقال عبد الله: قد مات أبواي، فهي حِلٌّ لي؟ فقال رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم: نعم، فكُلْها هنيئاً»[٢].

وهذه الأخبار تدل علىٰ أن وقفه إياها لم يُخْرِجْها عن ملكه، ولا مَنَعَ انتقالَ الملك منها؛ لأن النبي صلىٰ الله عليه وسلم ردَّها إليه بعدما وقفها علىٰ المساكين.

* ومِن جهة النَّظَر: إن وَقْفَ الأرض إنما يصح عند مجيزيه لأجل الصدقة والقُربة التي في إخراج غَلَّتها، وهو لو تصدَّق بالغلة وهي

---

(١) أخرجه الحاكم في المستدرك ٣٤٨/٤، وقد بيَّن الذهبي في تلخيصه أنه منقطع.

(٢) أخرجه الدارقطني في السنن ٢٠٢/٤ وقال: هذا مرسل، وأبو أمية بن يعلىٰ: متروك.

موجودة، لم تخرج عن ملكه بالقول حتىٰ يَقبِضَ الله تعالىٰ المُتَصدَّقَ بها عليه، فالأرض التي لا يستحقها الفقراء أحرىٰ أن لا تخرج عن ملكه بوقفه إياها.

ومن الدليل علىٰ أن إيجابه الصدقة فيها لا يوجب إخراجها عن ملكه: «أن النبي صلىٰ الله عليه وسلم ساق البُدْنَ عام الحُدَيْبِيَة[١]، وقلَّدَها[٢]».

وذلك يقتضي إيجاباً منه لها، ثم صَرَفها عما أوجبه له، وجعلها للإحصار[٣]، ولم يمنع الإيجاب بها من غير جهة الإحصار مِن نَقْلِها إلىٰ الإحصار، ولو كان ملكه زائلاً عنها، لما صحَّ نَقْله إلىٰ غير الوجه الذي استحق عليه بالإيجاب.

ويدل علىٰ أنه قد كان أوجبها: أنه أبدلها في العام القابل[٤]، ولو لم تكن الأُولىٰ واجبة لما كان الثاني بدلاً.

فإن قيل: معلوم أن الذي جعله للإحصار بدنة واحدة، وعسىٰ أن لا يكون قد كان أوجب تلك الواحدة قبل الإحصار.

قيل له: يبطله قوله: إنه أبدلها في العام القابل.

وعلىٰ أنه فرَّق البُدْن علىٰ أصحابه حتىٰ نحروها عن الإحصار.

---

(١) صحيح البخاري ٥/٣٣١.

(٢) تقليد الهدي: هو أن يعلق بعنق البعير قطعة من جلد، ليُعلم أنه هدي، فيكفُّ الناس عنه، كما في المصباح المنير (قلد).

(٣) صحيح البخاري ٤/٤، و٥/٣٣٢.

(٤) وهي عمرة القضاء التي فعلها صلىٰ الله عليه وسلم من العام المقبل لعمرة الحديبية حين صده المشركون. ينظر صحيح البخاري ٣/٦٠٠.

ودليل آخر: وهو أنه لو خرج عن ملكه بالوقف، لكان فيه إزالة المال لا إلىٰ مالك بقوله، فوجب أن لا يصح، كرجل قال: أخرجتُ هذه الدار عن ملكي، فلا يصح.

فإن قيل: فالمسجد فيه إزالة الملك لا إلىٰ مالك، وقد صح عند الجميع.

قيل له: للمسجد قابض، وهو الذي يصلي فيه؛ لأنه لا يخرج عن ملكه إلا أن يُصَلَّىٰ فيه، والمصلِّي فيه قابضٌ له عن نفسه، وعن جماعة المسلمين، فخرج عن ملكه، كمَن تصدَّق علىٰ رجل بصدقة، وأقبضها إياه.

وأما الوقف فليس له قابض، وإنما يخرج عن ملكه لو جاز بقوله، وهذا الذي أثبتناه قياساً علىٰ قوله: قد أخرجتُ هذه الدار عن ملكي: فلا يزول عن ملكه بقوله.

فإن قال قائل: الوقف أيضاً له قابض، بمنزلة الصدقة والمسجد، بأن يجعله الواقف علىٰ يد غيره، فيَخْرُج عن ملكه بقبضه.

قيل له: إذا كان القابض إنما يصح قبضه بقول الواقف وتوكيله إياه بالقبض، فليس ذلك بقبض؛ لأن يد وكيله كيده، فهو مع ذلك باقٍ في يده مع تسليمه إلىٰ مَن أَمَرَه بقبضه، ومع هذا فلم يُخرجه ذلك مِن أن تكون صحة القبض أيضاً متعلقة بقوله، فيكون خارجاً عن ملكه بقوله لا إلىٰ مالك، وهذا فاسد بما دللنا عليه.

وأيضاً: فغير جائز قياس الوقف علىٰ المسجد؛ لأن ما يصح المسجد مِن أجله لا يصح تمليكه، ولا أَخْذ البدل عنه، وهو الصلاة فيه، فلذلك جاز خروجه عن ملكه، إذْ كان ذلك حقاً خالصاً لله تعالىٰ.

وأما الأرض، فإن غلَّتها التي صح الوقف من أجلها، يصح أَخْذ البدل عنها وتمليكها، فالأصل أحرىٰ أن يجوز نَقَل الملك فيها مع وقفه إياها.

فإن قال قائل: اعتلالك بأن في تصحيح وقفه إزالة ملكه لا إلىٰ مالك بقوله: منتقضٌ بإجازتك الوقف في الوصية.

قيل له: إنما أجيزه إذا أضافه إلىٰ ما بعد الموت؛ لأن الموت يوجب زوال ملكه، فلم يَزُل بقوله، وإنما حظُّ قوله فيه: مَنْع انتقاله إلىٰ الوارث إذا كان في الثلث الذي يملكه الميت، فليس ذلك إزالة ملكه لا إلىٰ مالك بقوله.

[أدلة المخالفين:]

واحتج مخالِفُنا بما روىٰ ابنُ عَوْن وغيرُه عن نافع عن ابن عمر عن عمر قال: أصبتُ أرضاً مِن خيبر، ما أصبتُ مالاً أنفسَ عندي منها، فأتيتُ رسولَ الله صلىٰ الله عليه وسلم أستَأْمِرُه، فقال: «إن شئتَ حبست أصلها، وتصدَّقْتَ بها»[1].

وفي بعض ألفاظ هذا الحديث: «وتصدَّقتَ بثَمَرَتِها»[2].

وفي بعضها: «إن شئتَ أمسكْتَ أصلَها، وتصدقت بثمرتها»[3].

قال: «فتصدَّق بها عمرُ علىٰ أن لا تُبَاع، ولا تُوهب، ولا تُورث، حتىٰ تصدق بها في الفقراء والأقربين»، وذكر الحديث.

---

(١) صحيح البخاري ٥/٣٥٤، صحيح مسلم ٣/١٢٥٥.

(٢) صحيح البخاري ٥/٣٩٢ بلفظ: «ولكن ينفق ثمره».

(٣) ينطر الحاشية السابقة.

وما روي في أوقاف النبي صلىٰ الله عليه وسلم، وأوقاف عليٍّ وسائر الصحابة رضي الله عنهم، وبأنَّ عثمان اشترىٰ بئر رُومة في أيام النبي صلىٰ الله عليه وسلم، وجَعَلَها للمسلمين[١]، فالجواب:

أنه ليس فيما ذَكَرَه ما يُعتَرض به علىٰ قولنا ولا يخالفه، وذلك لأنا نجيز جميعَ ذلك علىٰ ما روي في هذه الأخبار، وليس في شيء منها بيان الخلاف بيننا، لأنا نقول يجوز أن يَحبس أصلها، ويَتصدَّق بثمرتها، ويَشترط فيها أنها لا تُباع ولا تُورث، ويكون ذلك عِدَةً منه في أن لا يبيعها، وأمْراً للورثة أن لا يعترضوا في فَسْخها، وإبطالها.

وليس في شيءٍ منه دليل علىٰ مَنْع البيع، وانتقالِ الملك فيها، وإنما بَقِيَتْ أوقافُ الصحابة بعدَهم علىٰ مرِّ السنين والأوقات؛ لأن ورثتهم أمضوا علىٰ ما كان الواقف شرطه فيها.

وأما وقف النبي صلىٰ الله عليه وسلم، فلأنه قال: «إنَّا معاشرَ الأنبياء لا نُورَث، ما تركنا صَدَقة»[٢]، هكذا رواه مالك بن أَوْس بن الحَدَثَان عن عمر رضي الله عنه.

واستشهد عمرُ علىٰ ذلك علياً، والعباسَ، وطلحةَ، والزبيرَ في آخرين من الصحابة رضي الله عنهم، فصدَّقوه، واعترفوا به[٣].

---

(١) صحيح البخاري ٤٠٦/٥.

(٢) أخرجه البخاري في حديث طويل في صحيحه ١٩٧/٦، صحيح مسلم ١٣٧٨/٣ كلاهما بلفظ: «لا نورث، ما تركنا صدقة»، وهو عند أحمد في المسند ٤٦٣/٢ بلفظ «إنا معشر الأنبياء لا نورث...».

(٣) كما هو وارد في قصة الحديث السابق عند البخاري ومسلم.

وإذا كان ذلك سبيل أملاك النبي صلىٰ الله عليه وسلم بعد موته، فلا دلالة فيه علىٰ صحة الوقف في أملاكنا علىٰ الوجه الذي ذهب إليه مخالفنا؛ لأنه لو لم يكن وَقَفَها، لكانت وقفاً بعد موته.

فإن قيل: هذا الخبر يردُّ ظاهِرَ الكتاب؛ لأن الله تعالىٰ قال حاكياً عن زكريا: ﴿فَهَبْ لِي مِن لَّدُنكَ وَلِيًّا ۝٥ يَرِثُنِي وَيَرِثُ مِنْ ءَالِ يَعْقُوبَ﴾[١]، فأخبر أن ابنَه يرثه.

قيل له: لا يجوز أن يكون المراد وراثةَ المال، وإنما المعنىٰ فيه وراثة النُّبُوَّةِ، والحِكْمَةِ، والقيامِ بالشريعة.

وذلك لأنه قال: ﴿وَإِنِّي خِفْتُ ٱلْمَوَٰلِيَ مِن وَرَآءِى﴾[٢]، ومعلوم أن النبيَّ عليه السلام لا يأسف علىٰ أن يصير المال لمستَحِقِّه، بل كانت الدنيا أهونَ في عَيْنه في حال حياته مِن أن يأسف بعد موته أن تصير لبني أعمامه[٣].

فدل أن المراد وراثةُ العلمِ والقيامِ بالدِّين، كما قال الله تعالىٰ: ﴿ثُمَّ أَوْرَثْنَا ٱلْكِتَٰبَ ٱلَّذِينَ ٱصْطَفَيْنَا مِنْ عِبَادِنَا﴾[٤].

وكما روي عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم: «إن العلماءَ ورثةُ الأنبياء، والأنبياء لم يورِّثوا ديناراً ولا درهماً، إنما أورثوا العلم، فمَن أَخَذَ به فقد

---

(١) مريم: ٥، ٦.

(٢) مريم: ٥.

(٣) وهم المراد من قوله: «الموالي». ينظر تفسير ابن كثير ٣/١١١.

(٤) فاطر: ٣٢.

أَخَذَ بحظٍّ وافِر»[١].

فصل : [الوقف في مرض الموت]

قال أبو جعفر : (إذا وَقَفَها في مرضه الذي مات فيه، فخرج مخرج الوصايا: جاز كما تجوز الوصايا).

قال أحمد : هذا الذي ذكره أبو جعفر عن أبي حنيفة مِن إجازته الوقف في المرض، فإنه شيءٌ لا نعرفه، ولم نقرأ عنهم إلا مِن جهة أبي جعفر.

* (وقد روىٰ محمد عن أبي حنيفة: أنه لا يجوز في المرض أيضاً، كما لا يجوز منه في صحته، وأنه لا يخرج مخرج الوصايا، وهذا هو الصحيح من قوله[٢]).

مسألة : [جواز الوقف عند أبي يوسف، وصفته]

قال : (وقال أبو يوسف: يجوز الوقف وإن كان مُشَاعاً، وغيرَ مقبوض).

---

(١) صحيح البخاري ١/١٦٠ بلفظ: «إن العلماء هم ورثة الأنبياء ورَّثوا العلم، مَن أخذه أخذ بحظ وافر» وبلفظ: «الأنبياء لم يورثوا ديناراً...». أخرجه الترمذي في سننه ٥/٤٩ وهو صحيح أو حسن علىٰ قاعدة الحافظ ابن حجر رحمه الله، فقد ذكره في زيادات المتن في الفتح ١/١٦٠.

(٢) أثبتُّ هنا عبارة المختصر المطبوع ص١٣٧ لصحتها، والله أعلم، أما الأصل فجاءت عبارته هكذا: (أنه لا يجوز في المرض أيضاً، وإنما يجوز بعد الموت، وهو الصحيح من قوله).اهـ

وذهب فيه إلىٰ حديث عمر في قصة خيبر: «حَبِّس أصلها»[١].

وفي بعض الألفاظ: «أمسِك أصلَها، وتصدَّق بثمرتها»[٢]، ولم يشترط فيه القبض.

وكان الذي تصدق به عمرُ رضي الله عنه من سَهْمِهِ بخيبر مُشَاعاً؛ لأنه إنما قَسَم خيبر في أيامه[٣] بين مَن شهِدَ فتحَ خيبر، وكان له فيها سهم.

وفَرَّق بين هذه الصدقة، وبين صدقة الأعيان، ولا خلاف بين أصحابنا في أن مِن شَرْطِ صدقة الأعيان الحِيازةَ والقبضَ جميعاً فيما يُقْسَم.

ووجه الفَرْق بينهما عنده: أن الحق الذي تعلَّقت به القُربة في الوقف، ليس هو العين التي عُقِدَ الوقف فيها، ولا اعتبار فيه بالقبض والحِيازة؛ لأنه ليس هو المملوك به، وصدقة العين هي المملوكة بنفسها، فلذلك اعتبر فيها القبض والحيازة.

* (ويجوز عند أبي يوسف إذا قال: حَبْساً موقوفاً، أو حَبْساً صَدَقة، فإذا انقَرَضَ أهلُ الوقف: رَجَعَتْ إلىٰ الله مصروفةً في وجوه القُرَب منه).

وذلك لأن النبي عليه الصلاة والسلام قال لعُمَر: «حَبِّس أَصْلَها»[٤]، فأجازه بلفظ الحبس، وإن لم يذكر فيه التأبيد، فجعل أبو يوسف ذلك بمنزلة العِتق أنه يصح بالقول، وفي المَشاع.

---

(١) تقدم.

(٢) تقدم.

(٣) وذلك حين أخرج اليهود وأجلاهم عن خيبر.

(٤) تقدم.

وروي نحوه عن المسعوديِّ القاسم[1] أنه قال: «مَن تكلَّم بصدقة: جازت صدقته، كما يجوز عتقه».

* (وأجاز أبو يوسف أن يجعلَه الواقفُ لها وقفاً علىٰ نفسه، أو علىٰ مَن سواه).

وذلك كما يجوز أن يشرط لغيره، كذلك لنفسه؛ لأن الأصل قد خرج عن ملكه بوقفه إياه، فله في عقد الوقف أن يجعله لمن شاء.

[الشروط المفسِدَة للوقف عند محمد]

(وأما محمد فإنه يجيز الوقف في الحياة، إلا أنه إذا كان فيه إحدىٰ خِلالٍ يبطل:

وهو أن يكون مُشَاعاً، أو غير مقبوض، أو مستثنياً الواقفُ لنفسه فيه شرطاً، أو كان غير مؤبَّد، أو لم يجعل آخرَه للفقراء والمساكين، أو في وجه من وجوه القُرَب).

وإنما شَرَطَ فيه القبض والحِيازة، كما شَرَطَ في صدقة الأعيان، ومَنَعَ أن يَشْرِطَ لنفسه فيها شيئاً، كما مَنَعَ فيه المُشاع، لبقاء حقه في المشاع

(١) في الأصل (المسعودي عن القاسم)، والصواب ما أثبت، حيث إن القاسم هذا هو القاسم بن معن المسعودي الإمام الفقيه المحدث الثقة، النحوي، قاضي الكوفة ومفتيها في زمانه، ومن أكبر تلامذة الإمام أبي حنيفة، توفي سنة ١٧٥هـ، له ترجمة في سير أعلام النبلاء ٨/١٩٠، والفوائد البهية ص١٥٤.

وقد جاءت نسبة المسعودي له نسبة لجد والده الصحابي الجليل عبد الله بن مسعود رضي الله عنه، ولم يذكر المزي له في تهذيب الكمال ١١١٧/٢ ممن روىٰ عنه أحداً نسبته المسعودي، ولم أهتد لتخريج قوله.

الذي يمكن قِسمته؛ لأن الثمرة والغلة مما يتأتىٰ فيه القسمة.

وأيضاً: «مَنَعَ النبيُّ عليه الصلاة والسلام عمرَ بن الخطاب حين حَمَلَ علىٰ فرس في سبيل الله أن يرجع فيه، أو في شيءٍ مِن نَسْلِهَا بشِرَىٰ أو غيره»[1]، فكذلك الصدقة الموقوفة.

ولم يجزها إذا لم يشترط آخرَها للفقراء والمساكين؛ لأنه متىٰ لم يكن كذلك: رَجَعَ إليه عند انقراض أهلِ الوقف، فيكون بمنزلة أن يستثنيَ لنفسه فيه شرطاً.

مسألة : [عدم جواز الوقف في المنقول إلا تبعاً]

قال: (ولا يجوز الوقف في عبدٍ، ولا في شيءٍ سوىٰ العقار والأرضين، إلا أَنْ تكون أرضاً فيها بَقَر وعبيد لمصالحها، فيشترط وقفها مع الأصل).

وذلك لأن هذه الأشياء لا تبقىٰ مؤبَّدة، فتكون وقفاً بمنزلة وقف إلىٰ مدة، فلا يجوز.

وأما إذا كان شيءٌ من العبيد والبقر لمصالح الضَّيْعة[2]، فإنه يجوز شرطه في الوقف؛ لأنه يدخل فيها علىٰ وجه التَّبَع وإن لم يصح وقفه علىٰ حِدَة، كما يدخل الشِّرب في البيع تَبَعَاً للأرض، وكذلك حقوق الدار، ولو أفردها بالعقد لم يصح.

---

(١) صحيح البخاري ٢٣٥/٥، صحيح مسلم ١٢٣٩/٣، وقد ذكره المصنف بالمعنىٰ.

(٢) تقدم أن الضيعة هي العقار والأرض المغلة.

مسألة : [وقف الخَيْل]

قال : (وقال أبو يوسف ومحمد: لابأس بحبس الخَيل في سبيل الله).

وذلك لما روي عن علي وابن عباس رضي الله عنهما[١]، ولا يُعرف عن أحدٍ من السلف خلافه.

ويدل عليه: قولُ النبي صلىٰ الله عليه وسلم: «الخيلُ ثلاثة: هي لرجلٍ أَجْر، ولآخر سِتْر، وعلىٰ آخر وِزْر، فأما الذي له الأجر: فالذي يحمِلُ عليها في سبيل الله»[٢].

عمومه يقتضي جواز حَبْسِها للحمل عليها في سبيل الله، إذ لم يفرِّق بين ما كان منها محبوساً، أو موهوباً، أو مُعَاراً[٣].

* * * * *

(١) المحلىٰ ٩/١٧٥.

(٢) صحيح البخاري ٦/٦٣، صحيح مسلم ٢/٦٨٣.

(٣) انتهت هنا أحكام الوقف في كلام الشارح الجصاص، وقد ذكر الطحاوي في المختصر ص١٣٧ مسألةً في الوقف لم تُذكر في الشرح، ونصها: (ولا بأس ببيع ما هرم من ذلك أو صار بحال لا ينتفع به فيها في الوقف).

[أحكام الهِبَة]

مسألة : [هبة الأعيان]

(ولا تجوز الهبة في الأعيان إلا مقبوضة).

وذلك لما روي عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال: «يقول ابنُ آدم مالِي مالِي.. وما لَك من مالِكَ إلا ما أكلتَ فأفنَيْت، أو لبِسْتَ فأبلَيْت، أو تصدَّقْتَ فأمْضَيْت»[1].

فَشَرَطَ في صحة الصدقة إمضاءَها، ومَنَعَ صحتها بالقول دون إمضائها، وهو الإقباض والتسليم، فدل أنها لا تصح إلا مقبوضة.

ويدل عليه: قول أبي بكر الصديق في مرضه لعائشة رضي الله عنهما:

إني كنتُ نحلتُك جَدَاد[2] عشرين وَسْقاً مِن مالِي بالعَالِيَة، وإنكِ لم تكوني حُزْتِيْه، ولا قَبَضْتِيْه، وإنما هو مال الوارث، وإنما هما أَخَوَاك وأخْتَاك.

فقالت عائشة: وإنما هي أسماء. فقال: أُلْقِيَ في رُوْعِي أن ذا بطنٍ -

---

(١) صحيح مسلم ٤/٢٢٧٣.

(٢) الجداد: بالفتح والكسر: صرام النخل، وهو قطع ثمرتها، يقال: جد الثمرة يجدها جداً، والمراد: نحلتك نخلاً يُجدُّ منه ما يبلغ عشرين وسقاً، النهاية لابن الأثير ١/٢٤٤، والوسق ستون صاعاً، النهاية ٥/١٨٥.

بنتَ خارجة ـ جاريةٌ، لامرأةٍ له كانت حاملاً»[1].

فقال ذلك بحضرةٍ من الصحابة، مِن غير نكيرٍ مِن أحدٍ منهم عليه، فدلَّ علىٰ موافقتهم إياه.

* وقد انتظم هذا الخبر أحكاماً:

منها: أن مِن شَرْطِ صحة الصدقة الحيازة والقبض جميعاً، فدل علىٰ بطلانها في المُشاع التي يمكن قسمتها وإن قُبِض، لعدم الحيازة.

وعلىٰ بطلانها في الثمرة في رؤوس النخل والزرع القائم في الأرض، لعدم الحيازة.

ومنها: أنه إذا أضافَ المالَ الذي له في المرض إلىٰ الوارث، يثبت حقه فيه.

ودلَّ علىٰ أن الهبة غير جائزة للوارث في المرض، وأنها بمنزلة الوصية.

ودل أيضاً علىٰ أنه جائز للإنسان أن يُخْبِرَ عمَّا يغلِبُ في ظَنِّه مِن كون الحَمْل غلاماً أو جارية.

---

(١) الموطأ ٢/٧٥٢، مصنف عبد الرزاق ٩/١٠١، سنن البيهقي ٦/١٦٩ من طريق مالك، وأخرجه في ٦/١٧٨ من طريق شعيب عن الزهري، وأخرجه ابن سعد في الطبقات ٣/١٩٤ من طريق ابن عيينة عن الزهري، ومن حديث هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة.

وقد ذكر هذا الأثر الزيلعي في نصب الراية ٤/١٢٢، ولم يتكلم عليه بشيء، وكذلك ابن حجر في الدراية ٢/١٨٣.

وذكر الزيلعي أن بنت خارجة هي زوج أبي بكر رضي الله عنه.

* ومما يدل علىٰ أن مِن شرط الهبة والصدقة القبضَ: أنهما تبرُّعٌ ومعروفٌ مِن جهة الواهب والمتصدق، فأشْبَهَتا القرض، من حيث كان تبرعاً ومعروفاً لم يصح بالقول دون معنىٰ ينضم إليه.

ويشبهان العاريَّة أيضاً، لما كانت تبرعاً ومعروفاً: لم يثبت حكمها بالقول دون معنىٰ ينضم إليه، لو قال لرجل: أعرتُكَ دابتي هذه، لم يثبت له عليه بها حق ولا مطالبته في تسليمها إليه.

وكذلك لو قال: أعرتُكَ شهراً، لم يثبت حكمها بالقول دون معنىٰ ينضم إليه، فوجب أن تكون الهبة والصدقة مثلَها في أنهما لا يصحَّان بالقول.

وإذا ثبت أنهما مُفْتَقِرَتَان في صحة وقوع الملك بهما إلىٰ معنىٰ غير القول، ولم يشرط أحد فيهما معنىٰ غير القبض، وجب أن يكون القبضُ هو الذي يصح به وقوع الملك بعقد الهبة والصدقة.

ولا يلزم علىٰ ما ذكرنا الوصية؛ لأنها أيضاً لا تصح بالقول، ولا تُملك به دون معنىٰ آخر ينضم إليه، وهو الموت.

ولو جعلنا الوصية أيضاً أصلاً للهبة والصدقة: جاز أيضاً في أنه لا تَملُّك فيها بالقول دون معنىٰ آخر ينضم إليه، إذ كانت تبرعاً ومعروفاً، فوجب أن تكون كذلك الهبة والصدقة، لوجود العلة.

ثم اختلافهما مِن جهة أن المعنىٰ المضموم إلىٰ الهبة والصدقة هو القبض، والمضموم إلىٰ الوصية هو الموت: لم يمنع الجَمْع بينهما من الوجه الذي ذكرنا، وهو أن كل واحدٍ منهما لا يوجب الملك بالقول دون انضمام معنىٰ آخر إليه.

وإنما لم تحتج الوصية إلىٰ القبض في صحة وقوع الملك به بعد

الموت، مِن قِبَل أن الموت سبب لزوال الملك، سواء كانت هناك وصية، أو لم تكن، فإذا زال الملكُ فيه بالموت، كان له صرفه بالقول إلىٰ مَن شاء إذا خرج من الثلث.

مسألة : [الأولياء في قبض ما وُهِب للطفل]

قال أبو جعفر : (ويَقبضُ للطفل أبوه، أو وصيُّ أبيه[١]، أو جَـدُّه[٢] إن لم يكن هذان، ووصيُّ الجد[٣]).

وذلك لأن لهم ولاية علىٰ الصغير.

وكذلك كل مَن يتصرَّف عليه بالبيع والشرىٰ، فإنـه يقـبض لـه الهبـة، كما يقبض سائر حقوقه، ويتـصرَّف عليـه في سـائر العقـود الـتي يـستحق التصرف فيها.

* **قال** : (ويقبضُها له أيـضاً مَـن هـو في عيالـه وإن لم يتـصرَّف عليـه بالبيع، مثل العمِّ، والأم[٤]).

* والملتَقِطُ يقبض للَّقِيط أيضاً.

وهو استحسان، ووجهه: أنه ليس فيه ضرر علىٰ الصغير، بل فيه نفـع له.

والذي هو في عياله له ضَربٌ من الولاية عليه في إمساكه.

---

(١) أي: بعد أبيه، كما هو نص مختصر الطحاوي المطبوع ص١٣٨.

(٢) أبو أبيه، كما هو في المختصر ص١٣٨.

(٣) أي: بعد من تقدم.

(٤) إن لم يكن أحد ممن سبق ذكره. كما هو في المختصر ص١٣٨.

والملتَقِط له ضربٌ من الولاية، ألا ترىٰ أنه لو أراد غيرُه انتزاعَ الصبي منه: كان الذي التقطه بَدءاً أَوْلىٰ بإمساكه.

مسألة : [العَدْل بين الأولاد في العَطايا]

قال أبو جعفر: (ينبغي للرجل أن يعدِل بين أولادِه في العَطايا، والعدلُ في ذلك في قول أبي يوسف: التسويةُ بينهم، وفي قول محمد: يُجْرِيهم علىٰ سبيل مواريثِهم منه لو تُوفِّي).

وجه قول أبي يوسف: حديث الشعبي عن النُّعمان بن بشير قال: «نَحَلَني أبي نُحْلاً، فقالت أمي عَمْرةُ بنتُ رَوَاحة: ائتِ النبيَّ صلىٰ الله عليه وسلم فأَشْهِدْه، فأَتَىٰ النبيَّ عليه الصلاة والسلام، فَذَكَرَ ذلك له، فقال:

أَلَكَ سواه؟ قال: نعم.

قال: وكُلّهم أعطيتَ مثلَ ما أعطيتَ النعمان؟ فقال: لا.

فقال: هذا جَوْرٌ، فأَشْهِدْ علىٰ هذا غَيْرِي»[1].

فقوله: أَلَكَ سواه؟، وقوله: أعطيتَ كلّهم مثلَ ما أعطيتَ النعمان؟: مِن غير فَرْق بين الذَّكَر والأنثىٰ، يدل علىٰ أنهما متساويَان فيه.

وروىٰ عبد الله بن مسعود «أن رجلاً أتىٰ النبيَّ صلىٰ الله عليه وسلم فقال: إني تصدقتُ علىٰ ابني صَدَقَة، فاشْهَدْ.

قال: أَلَكَ ولدٌ غيره؟ قال: نعم.

قال: قد أعطيتَهم كما أعطيتَه؟ قال: لا.

قال: لا أَشْهَدُ علىٰ جَوْر»[1].

---

(١) صحيح البخاري ٥/٢١١، صحيح مسلم ٣/١٢٤١-١٢٤٢.

وهذا أيضاً يدل علىٰ التسوية؛ لأنه قال: هل لك ولد غيره؟ ولم يسأله عن الذكر والأنثىٰ منهم، وأوجب أن يساويَ بينهم في العَطَايا.

ويدل عليه أيضاً: ما روي في بعض ألفاظ حديث النعمان بن بشير حين قال: أَشْهِدْ علىٰ هذا غيري، ثم قال: «أَيَسُرُّكَ أن يكونوا لك في البِرِّ سواء؟ قال: بلىٰ. قال: فلا إذاً»[٢].

ومعلوم أن محبَّتَه لمساواتهم في البِرِّ، لا تختص بالذكر دون الأنثىٰ، وكذلك فيما يعطيهم.

ويدل عليه: ما حدثنا عبد الباقي بن قانع قال: حدثنا الحسن بن علي بن محمد بن سليمان القطَّان قال: حدثنا عَبَّاد بن موسىٰ قال: حدثنا إسماعيل بن عيَّاش قال: حدثنا سعيد بن يوسف الرَّحَبي عن يحيىٰ بن أبي كثير اليَمَامي عن عكرمة عن ابن عباس قال: قال رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم: «ساوُوا بين أولادِكم في العطيَّة، فلو كنتُ مفضِّلاً لفَضَّلْتُ البنات»[٣].

فلم يفرِّق بين الذكور والإناث حين أَمَرَ بالمساواة بينهم.

وقوله: ولو كنتُ مفضِّلاً لفَضَّلْتُ البنات: يدل علىٰ التسوية أيضاً.

* وقال محمد: يُجْرِيهم علىٰ سبيل المواريث؛ لأنه لو ماتَ استحقُّوا مالَه كذلك، وكذلك في الحياة.

---

(١) سنن النسائي ٦/٢٦١.

(٢) صحيح مسلم ٣/١٢٤٤.

(٣) سنن البيهقي ٦/١٧٧ من طريق سعيد بن منصور، وسنده حسن، كما في فتح الباري ٥/٢١٤ وينظر: نصب الراية ٤/١٢٣، والتلخيص الحبير ٣/٧٢.

* وإن فَعَلَ خلاف ذلك: جاز في الحكم، لقول النبي صلىٰ الله عليه وسلم في حديث النعمان بن البشير: هذا جَوْرٌ، أَشْهِدْ عليه غيري، فأجاز له الهبة، ولولا ذلك لما قال: أَشْهِدْ عليها غيري.

مسألة : [الهبة علىٰ عوض]

(والهبة علىٰ عِوضٍ: عَقْدُها عَقْدُ هبة، وجوازُها جوازُ البيع، فلا يصح العقد وإن شُرِطَ فيه عوض إلا بشرائط العقد الذي ليس فيه عِوضٌ مشروط من القبض والحيازة.

فإذا قُبِضَتْ وصحَّت: كانت بمنزلة البيع في وجوب الشفعة والضمان، والرد بالعيب ونحوها).

قال أحمد : وجعلَه زفرُ بمنزلة البيع في سائر أحكامه، فأجازه غيرَ مقبوض، وفي المُشاع، كما يجوز البيع.

والأصل فيه أنهما دَخَلاَ في عقد هبة، فلا يلزمهما عقدٌ غيره، وكما أنه إذا كاتَبَ عبدَه، لم يجعله عِتقاً علىٰ مال، وإذا باعه لم يجعله هبة، لأن كل متعاقدَيْن دَخَلاَ في عقد، فإنما تلزمهما أحكامُه، ولا يلزمهما عقد غيره.

ألا ترىٰ أنهما إذا تقايلا في عقد البيع، لم يجز لنا أن نجعلها عقداً مستبدَلاً من حيث كان عقداً فيه بدل، في باب أنه لا يجوز إلا بتسمية ثمن، ولا يجوز علىٰ القيمة، كذلك إذا عَقَدَا عقد هبة وإن شَرَطا فيها عوضاً، لم يجز أن نجعلها عقد بيع.

وكما لو أوصىٰ لرجل بغير شرطِ عوضٍ، كانت وصيته صحيحة لا يبطلها عدم القبول عَقِيب الموت، ولم يُخرجها شرطُ العِوَض عن حكم الوصايا.

ألا ترىٰ أنها لو كانت بمنزلة البيع لما صح؛ لأن وقوعه متعلِّقاً بالموت، حتىٰ إذا صح لهم البدل صار بمنزلة البيع.

وإذا كان ذلك علىٰ ما وصفنا، قلنا لم يخرج العوض المشروط في الهبة مِن أن يكون عقد هبة، ثم إذا تقابضا صار بمنزلة البيع في سائر أحكامه؛ لأنه مَلَكَه ببدل هو مال، وكل واحد منهما مضمون علىٰ صاحبه ببدله.

ألا ترىٰ أنه لو استُحِقَّ أحدُهما: كان له أن يرجع في الآخر إن وجده قائماً بعينه، ويضمِّنه قيمتَه إن كان مستهلكاً، فلما صح له حكم البدل، صار كالبيع.

مسألة:

قال: (وللأب أن يقبِض لابنه الصغير ما وَهَبَه له).

وذلك لأنه لو وَهَبَ له غيرُه، كان هو القابض له، كذلك إذا وَهَبَ له هو؛ لأنه لا يتعلق به ضمان، ولفائدةٍ عليه[1] قَبَضَ له.

وروىٰ سعيد بن المسيَّب عن عثمان أنه قال: «مَن نَحَل ولداً صغيراً له، لم يبلغ أن يحُوزَ نُحْلَه، فأعلن بها، وأشهدَ عليها، فهو جائز، وإن وَلِيَها أبوه»[2].

* (ولو قَبَضَه الصغيرُ وهو يعقل: جاز).

لما روىٰ محمد بن إسحاق عن يحيىٰ بن عبَّاد بن عبد الله بن الزبير

---

(١) أي تعود عليه.

(٢) الموطأ ٢/٧٧١، سنن البيهقي ٦/١٧٠، المحلىٰ ٩/١٢٢.

عن عائشة قالت: «أهدىٰ النجاشيُّ لرسولِ الله صلىٰ الله عليه وسلم حِلْيَة فيها خاتَم، فدعا رسولُ الله صلىٰ الله عليه وسلم ابنةَ ابنتهِ أُمَامَةَ بنتَ أبي العاص فقال: تَحَلَّيْ بهذا يا بُنَيَّة»[1].

مسألة : [الرجوع في الصدقة والهبة]

قال : (وكلُّ صدقة صحَّت، فليس فيها رجوعٌ بحال، وكلُّ هبة صحت لذي رَحِم مَحْرَم أو علىٰ عوض: فلا رجوع فيها، وله الرجوع فيها إذا لم يُعَوَّض منها، ولم تكن لذي رَحِم مَحْرَم).

فأما الصدقة فلا خلاف[2] أنه لا يصح الرجوع فيها بعد صحتها، والهبةُ لذي الرَّحِم المَحرم في معنىٰ الصدقة؛ لأنه قد استحق عليها الثواب بصلة الرحم، إذ كان موضوعُها موضوع القُربة، كالصدقة سواء.

ومِن الناس مَن يجيز للأب الرجوع فيما وَهَبَه لابنه، ولا يصح عندنا الرجوع فيما وَهَبَ له ما دام مستغنِياً عنها، فإن احتاج إليها: جاز له أخْذها، كما يأخذ مِن سائر ماله للنفقة علىٰ نفسه.

وذلك لأن المعنىٰ المانع مِن الرجوع في هبته سائرَ ذوي الرَّحِم المَحرم موجود في الابن، وهو أن موضوعها موضوع القُرَب، لما فيها مِن صِلَة الرَّحِم، فأشبهت الصدقة.

(١) سنن ابن ماجه ١٢٠٢/٢ (٣٦٤٤)، وأخرجه ابن سعد في الطبقات ٤٠/٨، وأحمد في مسنده، كما في الإصابة ٢٣٦/٤، وقد ذكره ابن حجر ولم يعلق عليه بشيء، ويحيىٰ بن عباد ثقة كما في التقريب ص٥٩٢، وروايته عن عائشة رضي الله عنها مرسلة.

(٢) المغني ٢٩٨/٦.

ومعنىٰ ما روي عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم أنه قال: «لا يحلُّ لأحد أن يَهَب هِبَةً، فيرجع فيها، إلا الوالد فيما وَهَبَه لولده»[١]: فإنه إباحةٌ لأَخْذها عند الحاجة.

وقد يجوز أن يسمَّىٰ ذلك رجوعاً فيها وإن عادت إليه بملك مستقبَل، كما روي عن عمر رضي الله عنه أنه حَمَلَ علىٰ فرس في سبيل الله، ثم وَجَدَها تُباع في السوق، فأراد أن يشتريَها، فسأل النبيَّ عليه الصلاة والسلام، فقال له النبيُّ عليه الصلاة والسلام: لا تَعُدْ في صدقتك»[٢].

فسمىٰ شراه إياها رجوعاً في الصدقة، بأن عادت إليه بملكٍ مستقبَل.

كذلك قوله صلىٰ الله عليه وسلم: «إلا الوالد فيما يَهَبَه لولده»، وهو في هذا المعنىٰ.

وفائدة الخبر: أن الهبة لذي الرَّحِم المحرم لمَّا كانت في معنىٰ الصدقة، لِمَا استحق بها من الثواب، قد كان يجوز أن تشبه إباحةَ الرجوعِ فيها عند الحاجة، فأفاد عليه الصلاة والسلام أنه جائز له أَخْذها عند الحاجة، كما يأخذ سائر ماله وإن كانت مملوكة من جهته علىٰ وجه الهبة.

فصل: [أدلة جواز الرجوع في الهبة]

والحجة في جواز الرجوع في الهبة لغير ذي الرحم المَحْرم إذا لم يَعتض عنها: ما حدثنا محمد بن بكر البَصري قال: حدثنا أبو

---

(١) سنن الترمذي ٥٩٢/٥، وقال: حديث حسن صحيح، سنن النسائي ٢٦٥/٦، سنن أبي داود ٨٠٨/٣، سنن ابن ماجه ٧٩٥/٢ وصححه الحاكم في المستدرك ٤٦/٢، ووافقه الذهبي، وقال ابن حجر في الفتح ٢١١/٥: رجاله ثقات.

(٢) تقدم.

داود السِّجْسَتاني قال: حدثنا سليمان بن داود المَهْرِي قال: أخبرنا ابن وهب قال: أخبرني أسامة بن زيد أن عَمْرو بن شعيب حدثه عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو عن رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم قال:

«مَثَلُ الذي استردَّ ما وَهَبَ، كمثل الكلب يقيءُ، فيأكل قيئَه، فإذا استردَّ الواهبُ، فليُوْقَفْ، فليُعرَّف بما استردَّ، ثم ليُدْفَع إليه ما وَهَبَ»[1]، فانتظم الخبر معنيين:

أحدهما: كراهة الرجوع فيها؛ لأنه شَبَّهه بالكلب يعود في قيئه، وذلك مستقبَحٌ في العادة.

والثاني: صحة الرجوع فيها إذا رَجَعَ، ووجوب ردِّها عليه.

وأيضاً: روي نحو قولنا عن علي[2] وعمر[3] وفَضَالة بن عبيد الأنصاري[4] من غير خلافٍ من أحدٍ من الصحابة عليهم.

ويدل علىٰ صحة ذلك: ما رویٰ ابنُ عباس وابنُ عمر وأبو هريرة عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم: «العائِدُ في هبته كالكلب يقيءُ، ثم يعودُ في قَيْئِه»[5].

---

(١) سنن أبي داود ٣/٨١٠ وسكت عنه، وكذلك المنذري في المختصر ٥/١٨٩، وأخرج بنحوه النسائي في سننه، ٦/٢٦٥، وابن ماجه في سننه ٢/٧٩٧.

(٢) مصنف عبد الرزاق ٩/١٠٧، المحلىٰ ٩/١٢٩.

(٣) مصنف عبد الرزاق ٩/١١١، المحلىٰ ٩/١٢٨.

(٤) المحلىٰ ٩/١٢٩.

(٥) صحيح البخاري ٥/٢٣٤، صحيح مسلم ٣/١٢٤١.

فلما شبَّهَه بالكلب يعود في قيئه، دلَّ ذلك علىٰ صحة الرجوع مع الكراهة.

ألا ترىٰ أن ذلك مستقبَحٌ من الكلب بعد القيء، لا علىٰ جهة التحريم، كذلك الرجوع في الهبة ينبغي أن يصحَّ حتىٰ يقع التشبيه موقِعَه، وإلا فلو لم يصح الرجوع فيها رأساً، وكان الشيء باقياً علىٰ ملك الموهوب له، لا حَقَّ للواهب فيه، لما صحَّ تشبيهه بالكلب الذي قد صح له الرجوع في القيء.

فإن قيل: قد روي في حديث ابن عباس عن النبي عليه الصلاة والسلام: «العائد في هبته كالعائد في قيئه»[1].

والقيء حرام علىٰ مَن عاد فيه، وكذلك الرجوع فيه[2]، ولم يذكر في هذا الخبر الكلب، فيكون علىٰ وجه الاستقباح دون التحريم.

قيل له: هذا خبرٌ واحدٌ ذُكِرَ فيه الكلب، وحَذَفَه الآخرون.

علىٰ أن الخبر الذي حُذِفَ فيه ذِكْر الكلب، يدل ظاهرُه علىٰ أن المراد به الكلب، وذلك أنه عَرَّفه بالألف واللام، وهما يدخلان للجنس أو التعريف، فإن كان مراده التعريف، فهذا يقتضي أن يكون هناك إنسان بعينه قد عاد في قيئهِ، فشُبِّهَ به العائد في الهبة، ومعلوم أنه لم يكن هناك إنسان عادَ في قيئه، فيَخْرُج الكلام عليه، فإذاً المراد به الجنس، وليس هناك جنس يعود في قيئه إلا الكلب، فعاد حكم اللفظ إليه.

وأيضاً: كيف يُصْرَف القول فيه، فقد دلَّ علىٰ صحة الرجوع فيها وإن

---

(١) صحيح البخاري ٥/٢٣٤، صحيح مسلم ٣/١٢٤١.

(٢) أي في عقد الهبة، والله أعلم.

كان محرَّماً؛ لأنه شبَّهه بالعود في القيء، فالواجب أن يصح الرجوع فيها، حتىٰ يصح تشبيهها بالعود في القيء، وإلا فما لم يصح وقوعه، كيف يجوز أن يُشبَّه بما قد صحَّ ووقع.

وهو إذا رَجَعَ فيها، كان قولُه لغواً، لا له حُكْمٌ له فيه وجه.

وليس يمتنع أن يكون منهياً عن الرجوع، ثم إذا رَجَعَ: صحَّ رجوعه، كما أنه منهي عن البيع عند أذان الجمعة، ولو عَقَدَ: صحَّ عقده.

ومحرَّمٌ عليه إيقاع الطلاق في الحيض، ولو أوقع فيه: صحَّ إيقاعه.

ومحرَّمٌ عليه الصلاة في أرض مغصوبة، والذَّبح بسكِّين مغصوبة، ولو فَعَلَ: ثبت حكمه علىٰ الوجه الذي يثبت عليه حكم المباح.

فصل : [زيادة الهبة تمنع من الرجوع]

(وإن زادت الهبة في بَدَنِها: لم يصح الرجوع فيها).

وذلك لأن الزيادة لم يقع عليها عقد الهبة، ولا يمكنه الرجوع في الأصل دون الزيادة، فبطل الرجوع.

[موت الواهب أو الموهوب له يمنع من الرجوع]

(وإذا مات أحدُهما: لم يصح الرجوع).

لأن الواهب إن كان هو الميت، فالوارث لم يوجِب له ملكاً، ولا يصح ملكه فيما لم يوجِبْه، ولا ينتقل حق الرجوع في الهبة إلىٰ الوارث، كما لا ينتقل حق الشفعة، وقد بيَّنَّاها فيماسلف.

وإن كان الموهوب له هو الميت، فقد انتقل الملك إلىٰ وارثه، وهو لم يوجِب هذا الملك للوارث، ولا يصح له فسخه.

مسألة : [رجوع أحد الزوجين فيما وهبه للآخر]

قال : (ولا يرجع أحد الزوجين فيما وَهَبَه للآخر).

وذلك لما حدثنا عبد الباقي بن قانع ثنا ابن غنام بالكوفة قال: حدثنا أبو كُرَيب قال: حدثنا مُصعب بن المِقْدام عن خَارجة بن مصعب عن أبي الحسين عبد الله بن عمرو بن أمية الضَّمْري عن أبيه قال سمعت رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم يقول:

«مَن أعطىٰ امرأتَه عطية، فهي له صَدَقَة».

فقال له عمر: لتأتيني بمَن يشهد علىٰ هذا.

فقال: عائشة سمعتْ هذا، فأرسلوا إلىٰ عائشة، فقالت: صَدَقَ. سمعتُ رسولَ الله صلىٰ الله عليه وسلم يقول ذلك[1].

فلما لم يصح الرجوع في الصدقة، لم يصح في الهبة الرجوع، إذ كانت بمثابة الصدقة.

وإذا لم يصح رجوع الزوج فيما وهبه لامرأته بدلالة السنة، لم يصح في الهبة رجوعها أيضاً فيما تهبه له؛ لأن أحداً لم يفرِّق بينهما.

---

(١) عزاه في تحفة الأشراف ١٣٨/٨ للنسائي في السنن الكبرىٰ، بلفظ مختصر، ورواه أحمد في المسند ١٧٩/٤ بلفظ: «ما أعطىٰ الرجل امرأته فهو صدقة»، وفي إسناده: محمد بن أبي حميد، وهو ضعيف، كما في مجمع الزوائد ٣٢٤/٤، وفي المجمع أيضاً ٣٢٥/٤ قال: رواه أبو يعلىٰ والطبراني، ورجال الطبراني ثقات كلهم اهـ.

فصل : [لا يصح الرجوع في الهبة إلا بقضاء أو برضا الموهوب له]

(وإذا صحَّت الهبة: لم يصح الرجوع فيها إلا بقضاء قاض، أو بردِّ الموهوب له ذلك إليه).

وذلك لأن الملك قد تمَّ للموهوب له، واحتيج إلىٰ فَسْخه، ولم ينفسخ بقول الواهب دون ما وصفنا، كالشفعة، والردِّ بالعيب بعد القبض، وكالنكاح إذا احتيج إلىٰ فسخه لعِنَّةِ الزوج ونحوها.

مسألة : [العُمْرَىٰ]

قال أبو جعفر : (والعُمْرَىٰ كالهبة في جميع ما وصفنا، وهي أن يقول الرجل للرجل: قد أعمرتُكَ داري هذه حياتَك، ويسلِّمُها إليه، ويقبضُها منه، واشتراط المُعمِر رجوعَها إليه باطل).

وذلك لما حدثنا محمد بن بكر قال: حدثنا أبو داود قال: حدثنا محمد بن يحيىٰ ومحمد بن المثنىٰ قالا: حدثنا بشر بن عمر قال: حدثنا مالك بن أنس عن ابن شهاب عنه أبي سلمة عن جابر بن عبد الله أن رسولَ الله صلىٰ الله عليه وسلم قال:

«أيُّما رجلٍ أُعْمِرَ عُمْرَىٰ له ولعَقِبِهِ، فإنها للذي يُعْطَاها، لا ترجع إلىٰ الذي أعطاها، لأنه أعطىٰ عطاءً وقعت فيه المواريث»[1].

وحدثنا محمد بن بكر قال: حدثنا أبو داود قال: ثنا محمد بن موسىٰ ابن إسماعيل قال: حدثنا أبان عن يحيىٰ عن أبي سلمة عن جابر أن

---

(١) صحيح مسلم ١٢٤٥/٣، وبلفظ المصنف في سنن أبي داود ٨١٩/٣.

رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم كان يقول:

«العُمْرَىٰ لمن وُهِبَت له»[(١)].

وحدثنا عبد الباقي بن قانع قال: حدثنا عثمان بن عمر الضَّبِّي قال: حدثنا إبراهيم بن أبي سُوَيد قال: حدثنا حماد بن سلمة عن أبي الزبير عن جابر أن رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم قال:

«يا معشر الأنصار! عليكم أموالكم لا تُعْمِرُوها، فمَن أُعْمِرَ شيئاً فهو له حياته ومماته»[(٢)].

وحدثنا عبد الباقي قال: حدثنا حامد بن محمد قال: حدثنا شريح قال: حدثنا يزيد بن هارون قال: أخبرنا ابن أبي ذئب عن ابن شهاب عن أبي سلمة عن جابر عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم قال:

«مَن أُعْمِرَ عُمْرَىٰ، فهي له ولعَقِبِهِ بَتَاتاً، لا يجوز للمعطِي فيها شرطٌ ولا مَثْنوِيَّة[(٣)]»[(٤)].

فهذه الآثار كلها تدل علىٰ أن العُمْرَىٰ هبةٌ صحيحة، وأن شَرْطَ

---

(١) صحيح البخاري ٥/٢٣٨، صحيح مسلم ٣/١٢٤٦.

(٢) صحيح مسلم ٣/١٢٤٦، وبلفظ المصنف عند النسائي ٦/٢٧٤.

(٣) أي: ولا استثناء، قال ابن منظور في لسان العرب (ثنىٰ): «يقال حلف فلان يميناً ليس فيها ثنياً ولا ثنوىٰ ولا ثنية ولا مثنوية ولا استثناء، كله واحد» اهـ.

(٤) بلفظ قريب في صحيح مسلم ٣/١٢٤٦.

ومعنىٰ بتاتاً: أي عطية قطعها صاحبها من ماله، وبانت منه، ماضية غير راجعة إلىٰ الواهب، ينظر غريب الحديث لأبي عبيد ٤/١٩، شرح صحيح مسلم للنووي ١١/٧١.

المعطِي فيها حياتَه باطل.

فإن قيل: إنما عَنَىٰ بها العُمْرَىٰ التي يقول فيها: هي لك ولعقِبك، فأما إذا قال: هي لك ما عشتَ، فهو كما قال، وترجع إلىٰ الواهِب بعد موت الموهوب له.

وذلك لما حدثنا محمد بن بكر قال: حدثنا أبو داود قال: حدثنا أحمد بن حنبل قال: حدثنا عبد الرزاق قال: أخبرنا مَعْمَر عن الزهري عن أبي سلمة عن جابر بن عبد الله قال:

«إنما العمرىٰ التي أجاز رسولُ الله صلىٰ الله عليه وسلم أن يقول: هي لك ولعقِبك، فأما الذي قال: هي لك ما عشتَ، فإنها ترجع إلىٰ صاحبِها»[١].

قيل له: الأخبار التي قدَّمناها من لفظ النبي صلىٰ الله عليه وسلم أوْلىٰ بالاستعمال من قول الراوي وتفسيره، لأن قولَ النبي صلىٰ الله عليه وسلم يَقْضِي علىٰ قولِ كلِّ قائل، وقولُ الراوي لا يقضِي علىٰ قولِ النبي صلىٰ الله عليه وسلم.

وقد أبطلَ لفظُ النبي عليه الصلاة والسلام هذا التأويل في حديث ابن أبي ذئب الذي ذكرناه حين قال: [:«هي له ولعقِبه بتاتاً».

وأما قوله:][٢] «هي لك ما عشتَ، فإنها ترجع إلىٰ صاحبها»: يجوز أن

(١) صحيح مسلم ١٢٤٦/٣، وبالسند واللفظ نفسه عند أبي داود ٨٢٠/٣.

(٢) ما بين المعقوفين ليس من الأصل، وقدَّرته من عندي ليصح النص، إذ يظهر غالباً أنه سقط من الأصل حوالي السطر، والله أعلم.

يكون مِن كلام الزهري؛ لأن قَتَادة قد ذَكَر عنه مثل ذلك من قوله في كلامٍ جرىٰ بينه وبينه[١]، عند بعض الأمراء[٢].

[الهبة لا تفسدها الشروط الفاسدة]

قال أحمد: وحديث العمرىٰ وإجازة النبي صلىٰ الله عليه وسلم إياها، وإبطاله الشرط فيها، أصل في أن عقد الهبة لا تفسدها الشروط الفاسدة؛ لأن النبي صلىٰ الله عليه وسلم لم يحكم بفسخ الهبة حين وقعت علىٰ شروط فاسدة.

وفارَقَت البيع في إفساده بالشروط؛ لأن النبي صلىٰ الله عليه وسلم نهىٰ عن بيعٍ وشرط[٣].

فصل: [الرُّقْبَىٰ]

قال أبو جعفر: (والرُّقْبَىٰ مثل العُمْرَىٰ في قول أبي يوسف، وهي أن يقول: أرقبتُك داري هذه، ويقبضها علىٰ ذلك.

وفي قول أبي حنيفة ومحمد الرقبىٰ عاريَّةٌ، لا يملكها المرقَب).

---

(١) أي بين قتادة والزهري رحمهما الله تعالىٰ.

(٢) سنن النسائي ٦/٢٧٨، مصنف عبد الرزاق ٩/١٨٨ وفيه: أن سليمان بن هشام أرسل إليه وإلىٰ الزهري وهو بمكة، فسألهما عن العمرىٰ، فقلت: هي جائزة لأهلها، قال: وخالفه الزهري...» اهـ، ومثله عند البيهقي ٦/١٧٤، وبعد أن خرج مسلم في صحيحه ٣/١٢٤٦ حديث الزهري قال: قال معمر: وكان الزهري يفتي به.

(٣) معرفة علوم الحديث ص١٢٨، الطبراني في الأوسط، كما في المجمع ٦/٨٥، وقال: وفي طريق ابن عَمرِو مقال، المحلىٰ ٨/٤١٥، وسكت عنه ابن حجر في الدراية ٢/١٥١، وينظر نصب الراية ٤/١٨.

وذلك لما روي عن النبي عليه الصلاة والسلام «أنه أجاز العُمْرَىٰ، وأَبْطَلَ الرقبىٰ»[١].

ومعنىٰ الرقبىٰ: أن يكون المِلْكُ مترقَّباً، فيقول: هو لآخرِ مَن بقي مني ومنك.

وروي نحو ذلك عن مجاهد في تفسير الرقبىٰ[٢]، فهو لم يُملِّكه بعدُ شيئاً، ولذلك كان باقياً علىٰ ملك مالكه.

والعمرىٰ ليست كذلك؛ لأنه قد ملَّكه ملكاً واقعاً في الحال، وإنما شَرَطَ رجوعه إليه بعد الموت، فبَطَلَ شرطُه، ولم ينفسخ ملكه، ولذلك اختلفا.

* وأما أبو يوسف فإنه جعلهما عقداً واحداً، وإن اختلفت العبارة منه، تارة بالعمرة، وتارة بالرقبىٰ.

وقد روي عن ابن عباس عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال: «الرقبىٰ والعمرىٰ جائزة»[٣].

وروي عن حجر عن زيد بن ثابت أن النبي صلىٰ الله عليه وسلم قال:

---

(١) عند البخاري ٥/٢٣٨، ومسلم أيضاً ٣/١٢٤٨ بلفظ: «العمرىٰ جائزة»، وعند النسائي ٦/٢٦٩، ٢٧٣ بلفظ: «لا رقبىٰ... وكذلك من طريق آخر عند ابن ماجه ٢/٧٩٦».

(٢) سنن أبي داود ٣/٨٢١.

(٣) سنن الترمذي ٣/٦٣٣، وقال: حديث حسن، سنن النسائي ٦/٢٧٠، سنن ابن ماجه ٢/٧٩٧، سنن أبي داود ٣/٨٢١.

«لا تُرْقِبُوا شيئاً، فمن أُرْقِبَ شيئاً، فهو سبيل الميراث»[١].

ويجوز أن تكون الرقبىٰ المذكورة في هذه الأخبار: بعد أن يهبها، ويشترط رجوعها إليه بعد الموت كالعمرىٰ؛ لأن هذا يجوز أن يسمىٰ رقبىٰ، إذ كان مترقِّباً لموته في رجوع الهبة.

مسألة:

قال: (ولا تجوز هبة المُشاع فيما يقسم).

وذلك لقول أبي بكر الصديق لعائشة: «إنك لم تكوني حُزْتِيه، ولا قَبَضْتِيه»[٢]، فشَرَطَ الحيازة مع القبض، وذلك بمَحضرٍ من الصحابة، من غير نكير من أحد منهم عليه.

وما أمْكن قسمته وحيازته: لم تصح فيه مُشاعاً الهبة، وإذا كانت صحة العقد متعلقة بالقبض والحيازة، والمُشاع لا يتأتَّىٰ فيه قبضٌ صحيح علىٰ وجه الحيازة، لم يصح العقد فيما أمكن حيازته، فأما ما لم يمكن حيازته، فاعتبار الحيازة فيه ساقط.

فإن قال قائل: روي «أن النبي صلىٰ الله عليه وسلم لما كان بالرَّوْحَاء[٣] في حجة الوَدَاع رأىٰ حمارَ وحش عَقِيراً[٤]، فقال رسول الله

---

(١) سنن النسائي ٦/٢٧٣، سنن أبي داود ٣/٨٢١ وسكت عنه.

(٢) تقدم.

(٣) قرية علىٰ ليلتين من المدينة، بينهما واحد وأربعون ميلاً، معجم ما استعجم ١/٦٨١، وهي علىٰ بعد (٧٠) كم من المدينة المنورة باتجاه بدر.

(٤) عقيراً أي منحوراً، كما في النهاية ٣/٢٧٢، وقال الباجي في شرح الموطأ ٢/٢٤٢: «وهذا الحمار العقير قد كانت كملت فيه الذكاة، إما بالسهم الذي رُمي به، =

صلىٰ الله عليه وسلم: دَعُوه، فإنه سيطلبه صاحبُه.

فجاء رجلٌ من بَهْز[1]، فقال: يا رسول الله! إني أصبتُ هذا، فشأنكم به، فأَمَرَ رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم أبا بكر فقَسَم لحمَه بين الرفاق»[2].

وروىٰ عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: سمعتُ النبي صلىٰ الله عليه وسلم «وجاءه رجل ومعه كُبَّةٌ[3] من شعر، فقال: أخذت[4] هذه لأُصلح بَرْذَعةً[5] لي.

فقال رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم: ما كان لي ولبني عبد المطلب فهو لك.

وإما بغير ذلك... ويقتضي أنهم وصفوا له صلىٰ الله عليه وسلم من صفة السهم أو الذكاة له ما دلهم علىٰ تقدم الملك عليه».اهـ

(١) بهز: بطن من سُلَيم، وسليم قبيلة في قيس، مكا في الإنباه علىٰ قبائل الرواة ص٧١، وقيس أخوال ثقيف، كما في الإنباه ص٧٦.

(٢) سنن النسائي ١٨٣/٥، الموطأ ٣٥١/١، سنن ابن ماجه ١٠٣٣/٢ وقال البوصيري في زوائده: رجال إسناده ثقات، مسند أحمد ٤١٨/٣، ورجال أحمد رجال الصحيح، كما في مجمع الزوائد ٢٣٠/٣.

(٣) بضم فتشديد، شعر ملفوف بعضه علىٰ بعض، كما في حاشية السندي علىٰ النسائي ٢٦٤/٦، وكذلك في تاج العروس (كبب).

(٤) وقد أخذها من الغنيمة.

(٥) البرذعة والبردعة، وإهمال ذاله أكثر، وهي الحلس يُلقىٰ تحت الرَّحْل، القاموس المحيط (بردعة).

فقال الرجل: أمَّا إذا بَلَغَتْ[(١)]، فلا أَرَبَ[(٢)] لي فيها، ونَبَذَها»[(٣)].

فهذا يدل علىٰ جواز هبة المُشاع فيما يحتمل القسمة.

قيل له: أما الحديث الأول: فعلىٰ وجه الإباحة لا الهبة، وذلك يجوز عندنا.

وأما قوله في الحديث الثاني، فإنما جعل له نصيبه من الغنيمة، ولا خلاف أن هبة النصيب من الغنيمة لا تجوز قبل القسمة، وإنما مراده: أنه سَأَهَب لك ما يحصل لي منها بالقسمة، وأسألُ بني عبد المطلب أن يَهبُوا لك أنصباءَهم.

مسألة : [هبة الدار أو الصدقة بها علىٰ رَجلَيْن]

قال أبو جعفر : (ومَن وَهَبَ أو تصدَّق بدار علىٰ رجلَيْن: لم يجز ذلك في قول أبي حنيفة).

وذلك لأن كلَّ واحد منهما لا يصح له الملك بالهبة إلا بالقبض، وقبض المُشاع فيما يحتمل القسمة لا يصح بالهبة، ألا ترىٰ أنه لو وَهَبَ لكل واحد منهما نصفَ دينار علىٰ حِدَة، لم تصح هبته، ولم يُملك بها، كذلك إذا وهب لهما في صفقة واحدة.

---

(١) أي بلغت هذه الكبة هذه المرتبة والعزة، كما في حاشية السندي علىٰ النسائي ٦/٢٦٤، لأن الحديث جاء في التشديد في أخذ شيء من الفيء، والتحذير من الغلول ولو بشيء يسير.

(٢) أي لا حاجة لي فيها، ينظر النهاية ١/٣٦.

(٣) سنن النسائي ٦/٢٦٣، سنن أبي داود ٣/١٤٣، وسكت عنه هو والمنذري في المختصر ٤/٢٨.

وليست الهبة في هذا كالرهن، لو رهَنَ داراً مِن رجلَيْن: جاز في قولهم جميعاً؛ لأن جميعَها رهن لهذا، وجميعَها رهن لهذا، ألا ترىٰ أنه لو قضىٰ أحدهما دَيْنَه: كان للآخر حبسُ جميعها بدَيْنه، ولا يجوز أن يقع الملك في الجميع لكل واحد منهما.

ولو وهب رجلان لرجل داراً: جاز في قولهم جميعاً، وذلك لأن الهبة لما كانت صحتها متعلقة بالقبض، وحصل قبضٌ محوزاً مقسوماً: جازت، ولم يعتبر الواهبان.

* وجمع أبو جعفر بين الهبة والصدقة في السؤال[1]، ثم أجاب فيهما بجواب واحد، وهو مختلِف إذا كانت الصدقة علىٰ فقيرَيْن؛ لأنه لا خلاف بينهم في جوازها[2] إذا كانت علىٰ فقيرَيْن وإن كانت فيما يُقْسَم، وإنما الصدقة بمنزلة الهبة إذا كانت علىٰ عبدَيْن، فيكون علىٰ الخلاف.

وإنما اختلف حكم الهبة والصدقة علىٰ الفقير فيما وصفنا علىٰ قول أبي حنيفة، من قِبَل أن الصدقة مخرجها القُرَب، فهي حق لله تعالىٰ، فلما كان الذي له الحق واحداً: لم تمتنع صحتها بقبض الرجلين، كرجل وَهَبَ لرجل، وَوَكَّل الموهوبُ له رجلَيْن بالقبض: فيصح.

* (وأما أبو يوسف ومحمد: فإنهما أجازا الهبة من رجلين فيما يُقْسَم إذا كانت صفقة واحدة).

---

(١) أي في هذه المسألة التي ذكرها، وهو قوله: «مَن وهب أو تصدق...» ويقال: سؤالاً ومسألة، كما في مختار الصحاح (سأل).

(٢) أي الصدقة.

لأنهما عَقْدٌ واحد في مَحُوز مقسوم، ولا يبطلها كون الموهوب له اثنَيْن.

ألا ترىٰ أنه لو باع عبدَيْن من رجلَيْن بثمنٍ واحد: جاز، ولم يُعتبر ما لكل واحدٍ منهما من الحصة في العقد، ولو اعتُبِرَت الحصة: بَطَلَ العقد، وكذلك ما وصفنا.

ولو وهبها لرجلين لكل واحد منهما نصفها: لم يجز أيضاً في قول أبي حنيفة، وجاز في قولهما.

وإنما جاز علىٰ قولهما وإن سمَّىٰ لكل واحد منهما نصفها؛ لأن ما ذكره من تسمية النصف هو الذي أوجبه العقد، فتسميته وتَرْكه سواء.

ولو قال: قد وهبتُ لكما هذه الدار ثُلُثُها لهذا، وثلثَيْها لهذا: لم يجز في قول أبي يوسف؛ لأن ذلك بمنزلة[1]، إذ ليست القسمة علىٰ الثلثين والثلث من موجَب العقد الأول.

وفي قول محمد هي جائزة؛ لأن ذِكْره الثلثين والثلث، لا يُخرِج العقد من أن يكون صفقة واحدة، ألا ترىٰ أنه لو قال لرجلَيْن: قد بعتُكُما هذا العبدَ بألف درهم، ثُلُثُه لهذا، وثلثَاه للآخر: أن ذلك صفقة واحدة، كذلك ما وصفنا.

* * * * *

---

(١) أي هذه المنزلة في تفضيل أحد النصيبين في معنىٰ إفراد العقد لكل واحد منهما، ومطلق العقد لا يحتمل التفاضل، فيظهر أن قصده ثبوت الملك في البعض، فيتحقق الشيوع، ولا تصح هبة المشاع، فلم يجوِّز أبو يوسف هذه الصورة من الهبة، والله أعلم، ينظر بدائع الصنائع ٣٦٨٦/٨، البناية ٨٢٥/٧.

كتاب اللُّقَطَة والآبِق

مسألة : [حكم أخْذ اللقطة، وما ينبغي علىٰ الملتقط]

قال أبو جعفر : (وإذا وَجَدَ الرجل لُقَطَةً، فينبغي له أن يَعْرِفَ عِفَاصَها[1]، ووكَاءَها[2]، وكَيْلَها، وعَدَدَها، ووَزْنَها، وأن يُشْهِدَ أنه إنما يأخذها ليعرِّفَها، ثم يعرِّفُها بعد ذلك سَنَةً في الأسواق، وعلىٰ أبواب المساجد، فإن جاءَ صاحبُها، واستحقَّها ببيِّنة أَقَامَها عليها: دَفَعَها إليه، وإلا: تصدَّق بها، ولم يأكُلْها، إلا أن يكون ذا حاجةٍ إليها).

قال أحمد : هذا الفصل يشتمل علىٰ مسائل:

منها: أنَّ له أَخْذَ اللقطة.

ومنها: معرفة العِفَاص: أي الوعاء، والوِكاء، والوزن.

ومنها: تعريفُها حولاً.

ومنها: أن مدَّعيَها لا يستحقها إلا بالبيِّنة.

ومننها: أنه لا يأكلها إذا كان غنياً.

---

(١) العِفاص: الوعاء الذي تكون فيه النفقة من جلد أو خرقة أو غير ذلك، النهاية ٣/٢٦٣.

(٢) الوِكاء: الخيط الذي تُشد به الصرة والكيس وغيرهما، النهاية ٥/٢٢٢.

[أدلة إباحة اللقطة]

وأما وجه إباحة أخذها: فلقول النبي صلىٰ الله عليه وسلم: «مَن وَجَدَ لُقَطَةً فليُشْهِدْ ذَوَيْ عَدْلٍ»[(١)].

فأباح أخذَها، وأَمَرَ بالإشهاد عليها.

ومنها: «حديث أُبَيٍّ بن كعب أنه وَجَدَ صُرَّةً فيها مائة دينار، فأمره النبي صلىٰ الله عليه وسلم بتعريفها، فلما لم يجد مَن يَعْرِفُها قال: اِحفَظْ عَدَدَها ووِكَاءَها»[(٢)].

وروىٰ زيد بن خالد الجهني عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم مثل ذلك[(٣)].

ولم يذكر النبي عليه الصلاة والسلام أن علىٰ الملتَقِط أخذَها، فدلَّت علىٰ أن لواجدها التعريفَ والردَّ علىٰ صاحبها.

ويدل عليه حديث عَمْرو بن شعيب عن أبيه عن جَدِّه «أن النبي صلىٰ الله عليه وسلم قال في ضالَّة الغَنَم: لكَ، أو لأخيك، أو للذئب، خُذْها»[(٤)].

---

(١) سنن أبي داود ٢/٣٣٥، وسكت عنه هو والمنذري في المختصر ٢/٢٦٩، سنن ابن ماجه ٢/٨٣٧، وصححه ابن حبان (موارد الظمآن) ص/٢٨٤ (١١٦٩)، ورواه الطبراني، وله طرق كما في التلخيص الحبير ٣/٧٤.

(٢) صحيح البخاري ٥/٧٨، صحيح مسلم ٣/١٣٥٠، وقد أورده المصنف مختصراً.

(٣) صحيح البخاري ٥/٨٠، صحيح مسلم ٣/١٣٤٦.

(٤) صحيح البخاري ٥/٨٠، صحيح مسلم ٣/١٣٤٦.

* فأما وجه ما روىٰ مطرِّف بن عبد الله بن الشِّخِّيْر عن أبيه عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم أنه قال: «لا يُؤوي الضالَّة إلا ضالٌّ»[(١)]:

فهو علىٰ أنه إذا أرادَ أخذَها لنفسه، أو ليأكلها وهو غني عنها، بدلالة الأخبار الموجِبة لإباحة أخذِها.

[معرفة أوصاف اللقطة ودفع اللقطة بذكرها]

وأما قوله: فليَعْرِفْ عِفَاصَها ووِكاءَها: فإنما روىٰ أُبَيٌّ بن كعب وزيد بن خالد الجُهَني أن النبي صلىٰ الله عليه وسلم قال: «فليَعْرِف عِفاصَها ووِكاءَها»[(٢)].

وقد تنازع أهلُ العلم في معنىٰ أَمْرِه عليه الصلاة والسلام بمعرفة العِفَاص والوِكَاء.

فقال قائلون: المعنىٰ فيه: أن يُعْرَف علىٰ هذا الوجه، ليتميَّز من ماله، ولا يختلط به.

وقال آخرون: لكي إن جاء مَن عَرَفَ صفتَها ووزنَها، [فلا][(٣)] يَمنع الملتقِطُ دفعَها إليه، وإن لم يستحقَّها مِن جهة الحكم.

وقال آخرون: هذا يدل علىٰ أن مَن جاء ووَصَفَ صفتَها: استحقَّها

---

(١) صحيح مسلم ١٣٥١/٣ بلفظ: «مَن آوىٰ ضالة، فهو ضال ما لم يعرفها»، وبلفظ المؤلف أخرجه أبو داود في سننه ٣٤١/٢، وابن ماجه ٨٣٦/٢.

(٢) صحيح البخاري ٨٠/٥، صحيح مسلم ١٣٤٦/٣.

(٣) ساقطة من الأصل، وبها يستقيم المعنىٰ، ينظر أحكام القرآن للجصاص ١٧١/٣.

بالصفة وإن لم تَقُم له بيِّنةٌ، وهو قول ابنِ أنس[(١)].

والوجهان الأولان صحيحان عندنا، والوجه الثالث فيه خَلَل، وذلك لقول النبي صلىٰ الله عليه وسلم: «البيِّنة علىٰ المدعي، واليمين علىٰ المدَعىٰ عليه»[(٢)].

واسم المدَّعي لازمٌ [لطالب][(٣)] اللُّقَطَة، فلا يُصدَّق عليها إلا ببيِّنة، والصفة ليست ببينة؛ لأن رجلاً لو ادَّعىٰ شيئاً في يد غيره: لم تكن صفتُه إياه موجبةً له استحقاقَه، ولا كانت الصفة ببيِّنة.

وكذلك لو تنازع رجلان شيئاً في أيديهما، ووَصَفَه أحدُهما بصفة لم يصِفه بها الآخر، لم يجز أن يستحقه الواصفُ دون الآخر.

وقال النبي صلىٰ الله عليه وسلم للمدِّعي الذي خاصَمَ صاحبَه في أرض ادَّعاها: «شاهداك أو يمينُه، ليس لك إلا ذلك»[(٤)].

وقال النبي صلىٰ الله عليه وسلم: «لو أُعطِيَ الناسُ بدعاويهم: لادَّعىٰ ناسٌ دماءَ ناسٍ، وأموالَهم، ولكن البيِّنة علىٰ المدعي»[(٥)].

فمَنَعَ أن يستَحِقَّ أحدٌ بقوله شيئاً.

---

(١) أي مالك بن أنس إمام دار الهجرة – علىٰ ساكنها أفضل الصلاة والسلام –، المتوفىٰ سنة ١٧٩هـ، وينظر قوله رحمه الله في هذه المسألة في المنتقىٰ للباجي ١٣٦/٦، الخرشي علىٰ خليل ١٢١/٧.

(٢) تقدم.

(٣) في الأصل: (لازم للقطة).

(٤) صحيح البخاري ٢٨٠/٥، صحيح مسلم ١٢٢/١.

(٥) صحيح مسلم ١٣٣٦/٣.

* فإن احتجوا بما حدثنا محمد بن بكر قال: حدثنا أبو داود قال: حدثنا موسىٰ بن إسماعيل عن حماد بن سلمة عن يحيىٰ بن سعيد وربيعة بن أبي عبد الرحمن عن يزيد مولىٰ المُنْبَعِث عن زيد بن خالد الجُهَني أن رجلاً سأل النبيَّ صلىٰ الله عليه وسلم عن اللقطة فقال: عَرِّفْها سنةً، ثم اعْرِفْ وِكاءَها وعِفاصَها، فإن جاءَ صاحبُها فعَرَفَ عفاصَها وعَدَدَها، فادْفَعْها إليه.

قال: وقال حماد أيضاً: عن عبيد الله بن عمر عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم مثله[١].

وبما حدثنا محمد بن بكر قال: حدثنا أبو داود قال: حدثنا موسىٰ بن إسماعيل قال: ثنا حماد قال: حدثنا سَلَمة بن كُهَيْل عن سويد بن غَفَلة عن أُبَيِّ بن كعب عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم أنه قال في اللقطة، وذكر الحديث، وقال: «فإن جاءَ صاحبُها، فعَرَفَ عَدَدَها ووِكاءَها، فادْفَعْها إليه»[٢].

* قيل له: لفظ الحديث في الأصل: «فإن جاء صاحبُها»[٣].

وفي بعضها: «فإن جاء ربُّها، فادْفَعْها إليه»[٤].

وقد روىٰ جماعة عن ربيعة عن شيوخ حماد بن سلمة الذين روىٰ

---

(١) صحيح مسلم ٣/١٣٤٩، ١٣٥١، وما ذكره المصنف هو سند ومتن أبي داود في سننه ٢/٣٣٤.

(٢) تقدم.

(٣) كما في رواية مسلم ٣/١٣٤٩.

(٤) كما في رواية البخاري ٥/٩١.

عنهم، فلم يذكروا فيه: «فَعَرَف عِفاصَها، فادْفَعْها إليه»، وإنما غَلِطَ فيه حماد بن سلمة علىٰ ما قيل.

حدثنا محمد بن بكر قال: حدثنا أبو داود قال: هذه الزيادة التي زاد حماد بن سلمة في حديث سلمة بن كُهَيْل ويحيىٰ بن سعيد وربيعة وعبيد الله: «إن جاء صاحبُها فَعَرَف عِفاصَها ووكاءَها فادفَعْها إليه»: ليست بمحفوظة: «فعَرَف عِفاصها ووِكاءها»[1]، وأَهلُ النقل لا يشكُّون في كثرة غلط حماد بن سلمة[2].

ورواه أيضاً عُقْبَة بن سُوَيد عن أبيه عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم فقال فيه: «فإن جاء صاحبُها فادْفَعها إليه»[3]، ولم يقل: «فعَرَف عِفاصَها».

وعلىٰ أنه لو ثَبَت لفظُ حديث حماد بن سلمة: كانت فائدته إباحة دفعِها إليه بعد الصفة، لا علىٰ جهة استحقاقها من جهة الحكم، لدلائل الشَّبَه والأصول.

فإن قيل: قد اعتبرتُمُ العلامةَ في مواضع المستأجر والمؤجر إذا اختلفا في أبوابٍ، أو جذوعٍ موضوعةٍ في الدار، أنها إن كانت مُشْبِهةً للجذوع

(١) كما أفاد هذا أبو داود في سننه ٣/٣٣٤، لكن تقدم أنه رواه مسلم في صحيحه، وقد قال المنذري في مختصر سنن أبي داود ٢/٢٦٩: «هذه الزيادة أخرجها مسلم في صحيحه من حديث حماد، وقد أخرجه الترمذي والنسائي من حديث سفيان الثوري عن سلمة بن كهيل بهذه الزيادة، فقد تبين أن حماداً لم ينفرد بالزيادة، بل تابعه عليها من ذكرناه».اهـ

(٢) قال الإمام الذهبي في المغني ١/٢٧٩ «حماد بن سلمة، إمام ثقة، له أوهام وغرائب، وغيره أثبت منه». وينظر الكاشف ١/٢٥٢.

(٣) كما في رواية مسلم ٣/١٣٤٩.

التي في بناء الدار لو كان أحد مصراعي باب مركَّب في بيت من الدار، كان القول قول المؤجِر، وإن كان مخالِفاً لما في الدار، فالقول قول المستأجِر.

وقلتُم في اللَّقِيْط إذا ادعاه رجلان، ووَصَفَ أحدُهما علامةً في جسده، فصاحب العلامة أَوْلىٰ به، فَهَلاَّ حَكَمْتُم بالعلامة في اللقطة.

قيل له: أما مسألة المستأجِر والمؤجِر واختلافهما، فليست من مسألتنا في شيء؛ لأنه لم يصف هناك أحدُهما علامةً استَحَقَّ بها شيئاً، وإنما لهما جميعاً يدٌ في الدار.

وكان اشتباه جذوع الدار، ومصراعي الباب، دلالة علىٰ تأكيد أحدهما، كما في الزوجين إذا اختلفا في متاع البيت، فإنما يُعتبر من هذا المعنىٰ أيضاً في المواضع التي تكون يد كل واحد منهما ثابتة في جميع الشيء المدَّعىٰ من جهة الحكم، فأما إن كان في يد كل واحد منهما نصفه، فهذا الاعتبار ساقط.

وأما مسألة اللُّقَطَة، فإنما يريد المدَّعي استحقاقَ يدِ مَنْ هي في يده بالعلامة والصفة، وذلك غير جائز بدلالة السنَّة، واتفاق الجميع[1] علىٰ أن المدعي لا يستحق بالعلامة شيئاً في سائر المواضع.

وأما مسألة اللقيط، فغير مشبِهة لما ذكرنا أيضاً؛ لأن المدعي لنَسَب اللقيط مصدَّق في دِعوته لو انفرد بها من غير بيِّنة ولا علامة، فإذا تنازعه رجلان، واختَصَّ أحدُهما بذكر العلامة: كان ذلك مؤكِّداً لدِعوته، وجاعلاً له مزيةً ليست للآخر، فلذلك اختلفا.

---

(١) لم أهتد إلىٰ تخريجه.

وإنما أثبتنا حكم العلامة والصفة في تأكيد الدِّعوة، لا في إثبات النسب؛ لأن النسب يثبُت بنفس الدِّعوة من غير ذكر علامة.

فصل: [تعريف اللقطة حولاً]

وأما التعريف، فلما ذُكِرَ في سائر الأخبار التي قدَّمنا أن النبي صلىٰ الله عليه وسلم أَمَرَ بتعريفها حولاً.

* وإنما قلنا إن الملتَقِط إذا كان غنياً: لم يأكل منها، لقول الله تعالىٰ: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا۟ ٱلْأَمَـٰنَـٰتِ إِلَىٰٓ أَهْلِهَا﴾[1]، وهذه أمانة قد حصلت في يده مأمور بردِّها، فلا يجوز له أكلها؛ لأن أكلَه إياها ينافي الرد.

فإن قيل: والصدقة بها تنافي الردَّ، فينبغي أن لا يتصدق بها.

قيل له: كذلك يقتضيه الظاهر، إلا أنا خصصناه بالاتفاق.

ويدل عليه قوله تعالىٰ: ﴿لَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَـٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾[2].

[الانتفاع باللقطة]

واللقطة مال الغير، فلا يجوز لملتقطٍ أكلُها إلا بالتراضي، وأجزنا للمتصدَّق عليه أكلها بالاتفاق، وخصصناه من الآية.

ويدل عليه قولُ رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم: «لا يحل مال امرىءٍ

(١) النساء: ٥٨.

(٢) النساء: ٢٩.

مسلمٍ إلا بطيبة من نفسه»[١].

وقال النبي صلىٰ الله عليه وسلم: «علىٰ اليدِ ما أَخَذَتْ حتىٰ ترد»[٢].

وقال النبي صلىٰ الله عليه وسلم: «لا يَحْلِبَنَّ أحدُكم ماشيةَ غيره بغير إذنه»[٣].

وقال مُطَرِّف بن عبد الله عن أبيه عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم: «ضالَّة المؤمن حَرَقُ النَّار»[٤].

وروىٰ جَرِير بن عبد الله أن النبي صلىٰ الله عليه وسلم قال: «لا يُؤْوِي الضالَّة إلا ضال»[٥].

ومعلوم أن المراد: إذا أَخَذَها لنفسه وهو غنيٌّ عنها، بدلالة اتفاق الجميع[٦] علىٰ جواز أخذها للتعريف والرد.

فإن قيل: اللقطة لا تسمىٰ ضالة.

قيل له: ليس كذلك؛ لأن في حديث عبد الله بن الشِّخِّير قال: «قَدِمْنا علىٰ النبي صلىٰ الله عليه وسلم في نَفَرٍ فقال: ألا أَحْمِلُكم؟

---

(١) تقدم.

(٢) تقدم.

(٣) صحيح البخاري ٥/٨٨، صحيح مسلم ٣/١٣٥٢.

(٤) سنن الترمذي ٤/٣٠١، سنن ابن ماجه ٢/٨٣٦، وقال البوصيري في زوائده: إسناده صحيح ورجاله ثقات، قال ابن حجر في الفتح ٥/٩٢: أخرجه النسائي بإسناد صحيح.

(٥) تقدم.

(٦) المغني ٦/٣١٩.

قلنا: نجد في الطريق هَوَامِي الإبل، فقال رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم: ضالَّة المؤمن حَرَقُ النار»[١].

فأجاب عن الإبل، فَذَكَرَ الضالة، فدلَّ أن الاسم يتناولها.

ويدل عليه ما روي أن قِلَادة لعائشة ضَلَّت[٢].

ويدل عليه حديث عياض بن حِمَار المُجَاشِعي أن النبي صلىٰ الله عليه وسلم قال: «مَن وَجَدَ لقطة، فليُشْهِد ذَوَيْ عَدْل، ولا يكتُمْ ولا يُغَيِّب، فإن جاء صاحبُها، وإلا فهو مال الله يؤتيه مَن يشاء»[٣].

وفيه وجهان من الدلالة علىٰ قولنا:

أحدهما: أنه نهىٰ عن الكِتْمَان والتغييب، وذلك يمنع استهلاك العين.

والثاني: قوله: وإلا فهو مالُ الله يؤتيه مَن يشاء: وهذا الاسم إنما يتناول المال الذي سبيله الصدقة، والقُربة إلىٰ الله به.

ويدل عليه ما روي في الحديث: «إذا بلغ بنو مروان ثلاثين رجلاً اتَّخَذُوا مالَ الله دُوَلاً[٤]، وعبادَ الله خَوَلاً[٥]»[٦].

---

(١) مسند الإمام أحمد ٤/٢٥، ٥/٨٠، وتقدم.

(٢) صحيح البخاري ١/٤٣١، ٨/٢٧٢ حين ضاع من السيدة عائشة رضي الله عنها عِقْدُها، وكان ذلك سبباً لنزول آية التيمم.

(٣) تقدم.

(٤) جمع: دُولة بالضم، وهو ما يُتداول من المال، فيكون لقوم دون قوم، النهاية لابن الأثير ٢/١٤٠.

(٥) أي خدماً وعبيداً، يعني أنهم يستخدمونهم ويستعبدونهم، النهاية ٢/٨٨.

(٦) أخرجه الحاكم في المستدرك ٤/٤٨٠ من حديث أبي ذر، وقال: هذا =

وحدثنا عبد الباقي بن قانع قال: حدثنا أحمد بن عمرو بن عبد الخالق البَزَّار قال: حدثنا خالد بن يوسف قال: حدثنا أبي قال: حدثنا زياد بن سعد قال: حدثني سُمَيٌّ عن أبي صالح عن أبي هريرة قال: قال رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم وسئل عن اللقطة:

«لا تحل اللقطة، مَن التقَط شيئاً: فليعرِّفه سَنَة، فإن جاء صاحبُه: فليردَّه إليه، فإن لم يأت: فليتصدَّق به، فإن جاء: فليخيِّره بين الأجر، وبين الذي له»[1].

وقوله: لا تحل اللقطة: يمنع الملتقطَ الانتفاعَ بها في حال الغِنَىٰ والفقر، إلا أنا جوَّزْنَا له ذلك في حال الفقر، للاتفاق[2]؛ لأنه أُمِرَ بالصدقة.

وقوله: فليتصدَّق به: ينافي أكلَ الملتقطِ إياه إن كان غنياً.

ويدل عليه حديث: أنس «أن النبي صلىٰ الله عليه وسلم وَجَدَ تمرةً فقال: لولا أن تكوني من الصدقة لأكَلْتُك»[3].

وهذا يحتمل معنيين: أحدهما: أن يكون شأنُها الصدقةَ؛ لأنها لقطة،

حديث صحيح علىٰ شرط مسلم، ولم يخرجاه، ووافقه الذهبي رحمه الله، ورواه أحمد في المسند ٣/٨٠، وينظر مجمع الزوائد ٥/٢٤١.

(١) سنن الدارقطني ٤/١٨٢، قال الحافظ ابن حجر في الدراية ٢/١٤٠: أخرجه البزار والدارقطني، وفي إسناده يوسف بن خالد السمتي وهو ضعيف. اهـ، وفي التقريب ص٦١٠ (٧٨٦٢): «تركوه، وكذبه ابن معين».اهـ

(٢) المغني ٦/٣٢٦.

(٣) صحيح البخاري ٤/٢٩٣، ٥/٨٦، صحيح مسلم ٢/٧٥٢.

ويجوز كونُها من بين الصدقة.

وأي الوجهين كان: مَنَعَ الغنيَّ الانتفاعَ به؛ لأن الغني لا يحل له أكلها إن كانت من الصدقة، ولا إذا كان شأنُها الصدقة.

وأظهر الوجهَيْن فيه: أن يكون أجاز[١]: شأنُها أنها صَدَقة، من حيث كانت لقطة، كقوله تعالىٰ: ﴿لَوْلَآ أَن مَّنَّ ٱللَّهُ عَلَيْنَا لَخَسَفَ بِنَا﴾[٢]، وقوله تعالىٰ: ﴿فَلَوْلَآ أَنَّهُۥ كَانَ مِنَ ٱلْمُسَبِّحِينَ﴾[٣]، فيه تحقيق الصفة، كذلك ما وصفنا.

* فإن قال قائل: في حديث أُبَيٍّ بن كعب أن النبي صلىٰ الله عليه وسلم قال له بعد تعريفها ثلاثة أحوال[٤]:

«احفَظْ عددَها ووِكاءَها ووِعاءَها، فإن جاء صاحبُها وإلا فاستمتع بها»[٥].

وفي حديث ربيعة بن أبي عبد الرحمن عن يزيد مولىٰ المُنْبَعث عن زيد بن خالد الجُهَنِي أن رجلاً سأل رسولَ الله صلىٰ الله عليه وسلم عن اللقطة فقال:

«عرِّفها سنةً، ثم اعرِفْ عِفَاصَها ووِكاءَها، ثم استَنْفِقْ بها، فإن جاء

---

(١) أي أجاز أكلها للفقير، كون شأنها أنها صدقة، والله أعلم.

(٢) القصص: ٨٢.

(٣) الصافات: ١٤٣.

(٤) جمع حَوْل، وهو السنة، القاموس المحيط (حول).

(٥) تقدم.

ربُّها، فَأَدِّها.

فقال: يا رسول الله! فضالَّة الغَنَم؟

فقال: خُذْها فإنما هي لك، أو لأخيك، أو للذئب.

قال: يا رسول الله! فضالَّة الإبل؟

قال: فغَضِبَ رسولُ الله صلىٰ الله عليه وسلم حتىٰ احمرَّت وجنَتَاه، وقال: ما لَكَ ولَهَا، معها حِذاؤُها وسِقاؤُها حتىٰ يأتيَها ربُّها»[(١)].

وفي حديث عبد الله بن يزيد عن أبيه عن يزيد بن المُنْبَعِث عن زيد بن خالد الجهني عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم مثل حديث ربيعة قال:

وسئل عن اللقطة، فقال: تعرِّفُها حَوْلاً، فإن جاءَ صاحبُها دفعتَها إليه، وإلا عرفتَ وكاءَها وعِفَاصَها، ثم أَفِضْهَا في مالك، فإن جاء صاحبُها دفعتَها إليه»[(٢)].

ورواه حماد بن سلمة عن يحيىٰ بن سعيد عن يزيد مولىٰ المُنْبَعِث عن زيد بن خالد عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم وذكر الحديث، وقال: «فإن جاءَ صاحبُها فادْفَعْها إليه، وإلا فهي لك»[(٣)].

وفي حديث عقبة بن سويد عن أبي عن النبي عليه الصلاة والسلام في

---

(١) صحيح البخاري ٥/٨٠، صحيح مسلم ٣/١٣٤٨.

(٢) سنن أبي داود ٢/٣٣٣، ومعنىٰ: أَفِضْها: أي ألقها في مالك واحفظها به، معالم السنن للخطابي ٢/٢٦٩.

(٣) صحيح مسلم ٣/١٣٥١.

اللقطة قال: «فإن جاء صاحبُها، وإلا فشأنك بها»[(١)].

وروىٰ بكير الطائي عن أبي البَخْتَري قال: «وَجَدَ عليٌّ رضي الله عنه ديناراً. قال علي: فاشتريتُ به حِنْطَة، ثم أخبرتُ النبيَّ عليه الصلاة والسلام، فقال: رِزْقٌ سيق إليك، فأَكَلَ وأَكَلْنَا.

ثم جاء صاحبُ الدينار، فقَضَاه النبيُّ صلىٰ الله عليه وسلم»[(٢)].

والنبيُّ وعليٌّ عليهما السلام لم يكونا ممَّن تحلُّ لهما الصدقة، وقد أَكَلاَ منها.

وجميع هذه الأخبار تدل علىٰ أن لواجد اللقطة الانتفاعَ بها، وأَكْلَها بعد التعريف وإن كان غنياً.

* قيل له: أما قوله في حديث أُبَيٍّ: فاستمتِعْ بها: فلا دلالة فيه علىٰ موضع الخلاف بيننا؛ لأن أُبَيّاً كان فقيراً.

والدليل عليه: «أن أبا طلحة لما جعل أرضاً له لله، فأتىٰ النبيَّ صلىٰ الله عليه وسلم، فقال: اجعَلْها في فقراء قرابَتِكَ، فجَعَلَها في حسَّان وأُبَيٍّ بن كعب»[(٣)].

ـ وأما قوله في حديث زيد بن خالد الجُهَنِي: ثم استَنْفِقْ بها: فإن معناها في الصدقة؛ لأن الصدقة تسمَّىٰ نفقة، قال الله تعالىٰ: ﴿وَأَنفِقُواْ مِنَّا

---

(١) صحيح البخاري ٥/٨٤، صحيح مسلم ٣/١٣٤٧.

(٢) سنن أبي داود ٢/٣٣٧، وقد رواه من عدة طرق، وحسَّن الحافظ ابن حجر طريق بلال بن يحيىٰ العبسي، كما في التلخيص الحبير ٣/٧٥.

(٣) صحيح البخاري ٥/٣٧٩، صحيح مسلم ٢/٦٩٤.

رَزَقْنَٰكُم مِّن قَبْلِ أَن يَأْتِيَ أَحَدَكُمُ ٱلْمَوْتُ ﴾[١].

وقال: ﴿لَن تَنَالُوا۟ ٱلْبِرَّ حَتَّىٰ تُنفِقُوا۟ مِمَّا تُحِبُّونَ ﴾[٢]، وإنما المراد الصدقة.

وقوله: استنْفِق بها: معناها: تصدَّقْ بها، والله أعلم.

وأيضاً: يحتمل أن يكون الرجل كان فقيراً، يجوز له أكل الصدقة.

ـ وأما لفظ عبد الله بن يزيد عن أبيه وقوله: أَفِضْهَا في مالك: فلا دلالة فيه علىٰ جواز الأكل، وإنما فيه الأمر بحفظها، وإجرائها فيما بين ماله في الموضع الذي يحوز فيه مالَه.

ـ وأما قوله في حديث حماد بن سلمة: فهو لك: فإن حُمِلَ علىٰ حقيقة لفظه، لَوَجَبَ أن يكون مالكاً لها، ولا خلاف أن الملتَقِطَ لا يملكها[٣]، فإذاً معناه: لك إمساكها، كما «قال عبد الله بن رَواحة لليهود حين بَعَثَه النبيُّ صلىٰ الله عليه وسلم خارصاً: إن شئتم فلكم، وإن شئتم لي»[٤].

وإنما أضافه إلىٰ نفسه، لا علىٰ جهة أنه يملك استهلاك الثمر، والانتفاع بها، لكنه لما كان هو المتولِّي لخَرْصها، والقيام فيها: جاز أن يقال: وإن شئتم فلي.

---

(١) المنافقون: ١٠.

(٢) آل عمران: ٩٢.

(٣) أي عند التقاطها، وإلا فإن التقطها وعرَّفها سنة: يملكها عند كثير من الفقهاء، كما في المغني ٦/٣٢٦.

(٤) الموطأ ٢/٧٠٣ مرسلاً عن سعيد بن المسيب.

ـ وأما قوله في حديث عُقْبَة بن سُوَيْد عن أُبَيّ عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم: فإن جاء صاحبُها، وإلا فشأنك بها: فإنه لا يوجب جواز الأكل والانتفاع بها، لاحتمال أن يكون شأنك بها في الإمساك أو الصدقة، ويحتمل أن يكون فقيراً.

ـ وأما حديث عليٍّ: فإن أصلَه ما حدثنا محمد بن بكر قال: ثنا أبو داود قال: ثنا جعفر بن مسافِر قال: ثنا ابن أبي فُدَيْك قال: ثنا موسىٰ بن يعقوب الزَّمْعِي عن أبي حازم عن سهل بن سعد أخبره «أن علياً دَخَلَ علىٰ فاطمةَ، والحسينُ والحسنُ يبكيان، فقال: ما يُبْكِيهما؟

قالت: الجوع.

فخَرَجَ عليٌّ فوَجَدَ ديناراً بالسوق، فجاءَ إلىٰ فاطمة فأخبرها، فقالت: اذهب إلىٰ فلانٍ اليهودي، فخُذْ لنا دَقِيقاً، فقال اليهودي: أنت خَتَن[1] هذا الذي يزعم أنه رسولُ الله؟

قال: نعم.

قال: فخُذْ دينارَك، ولك الدقيق.

فخَرَجَ عليٌّ رضي الله عنه، فجاء فاطمةَ فأخبرها.

فقالت: اذهَبْ إلىٰ فلانٍ الجزَّار، فخُذْ لنا بدرهمٍ لحماً، فذهب فرَهَن الدينارَ بدرهم لحماً، فجاء به، فعَجَنَت وخَبَزَتْ، وأرسلَتْ إلىٰ أبيها، فجاءَهم فقالت: يا رسول الله! أَذْكُرُ لكَ، فإن رأيتَه لنا حلالاً أكَلْنَا، وأكلتَ معنا، مِن شأنه كذا وكذا.

(١) الخَتَن: بالتحريك: الصهر، القاموس المحيط (ختن).

فقال: كُلُوا بسم الله، فأكلوا منه، فبَيْنَا هم مكانَهم، إذا غلامٌ يُنْشِدُ اللهَ والإسلامَ الدينارَ، فأمرَ رسولُ الله صلىٰ الله عليه وسلم، فدُعِيَ له، فسأله، فقال: سَقَطَ مني في السوق.

فقال النبيُّ صلىٰ الله عليه وسلم: يا علي! اِذْهَبْ إلىٰ الجزَّار، فقُل له: إن رسولَ الله يقول لك: أرسِلْ بالدينار، وإن درهمَك عليَّ، فأرسَلَ به، فدَفَعَه رسولُ الله إليه»[1].

فإذا كان هذا أصل الحديث، فلا دلالة فيه لمخالِفنا؛ لأنه اشترىٰ الدقيقَ بدينارٍ في ذمَّته، وأما اللحم فإنما أَخَذَه بدرهم في ذمَّته، وأخذه الجزَّار علىٰ وجه الرهن، ولا دلالة فيه علىٰ جواز الاستهلاك للعين.

ألا ترىٰ أن للوصي وللأب أن يرهَنَا مالَ الصغير بدَيْن عليهما، ولا يدل ذلك علىٰ أن لهما استهلاك العين لأنفسهما.

وكما كان له أن يودِعَه غيرَه بغير ضمان يلحقه، كذلك الرهن، لأنه يصير مضموناً عليه.

* ويدل علىٰ صحة قولنا مِن جهة النَّظَر: اتفاق الجميع[2] علىٰ أنه ليس للملتَقِط أن يعطيَه عيناً غيرَه، فدل علىٰ أنه لا يجوز له إذا كان عيناً

---

(١) سنن أبي دود ٢/٣٨٨، وهو من هذا الطريق عن سهل بن سعد فيه موسىٰ بن يعقوب الزمعي، وهو مختلف فيه، كما قال ابن حجر في التلخيص الحبير ٣/٧٥، وقد نقل المنذري ٢/٢٧٢ عن ابن معين توثيقَه، وقد تقدم أن له عدة طرق، وهو من طريق بلال بن يحيىٰ العبسي عن علي بمعناه: إسناده حسن، كما قال ابن حجر في التلخيص الحبير ٣/٧٥.

(٢) المغني ٦/٣٣٩.

الانتفاع به؛ لأنه لو جاز له ذلك، لجاز لغيره من الأغنياء مثله.

فصل : [ضمان اللقطة]

وإنما قلنا إذا تصدَّق بها، أن صاحبه مخيَّر بين الأَجْر والضمان، لحديث أبي هريرة الذي قدمناه، ولا خلاف مع ذلك بين أهل العلم فيه فيما أعلمه[1].

وكذلك يضمِّن المساكينَ أيضاً إن عَرَفَهم بأعيانهم؛ لأنهم أخذوا ماله بغير إذنه، كما له تضمين الملتَقِط إذا سلَّم مالَه إليهم بغير إذنه.

مسألة : [ضمان اللقطة حال ضياعها]

قال أبو جعفر : (فإن ضاعت اللقطة في يد الملتَقِط، فإن كان أشهدَ حين التقاطها أنه أَخَذَها للتعريف: فلا ضمان عليه، فإن لم يشهد: فهو ضامن في قول أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف ومحمد: لا ضمان عليه فيها بحال بعد أن يحلِفَ بالله: ما أخذها إلا لتعريفها).

وجه قول أبي حنيفة: ما حدثنا محمد بن بكر قال: حدثنا أبو داود قال: حدثنا مسَدَّد قال: حدثنا خالد الطَّحَّان عن خالد الحذَّاء عن أبي العلاء ـ يعني ابن الشِّخِّير ـ عن مطرِّف بن عبد الله عن عِيَاض بن حِمَار المُجَاشِعِي قال: قال رسولُ الله صلىٰ الله عليه وسلم:

«مَن وَجَدَ لقطةً، فليُشْهِدْ ذَوَيْ عَدْل، ولا يكْتِم، ولا يغيِّب، فإن

(١) بداية المجتهد ٢/٣٠٦.

وَجَدَ صاحبَها، فليردَّها عليه، وإلا فهو مال الله يؤتيه مَن يشاء»[١].

فأَمَرَه بالإشهاد عليها عند أخذِها، فصار ذلك شَرْطاً في إباحة الأخذ، فلا يجوز له أَخْذها إلا علىٰ هذا الشرط، فإذا أَخَذَها مِن غير الوجه الذي أُبيح له فيه الأخذ: ضَمِنَ؛ لأنه غاصب، لأَخْذه ما لم يكن له أَخْذه.

ويدل عليه أيضاً: قوله: ولا يَكْتِم، ولا يغيِّب: وفي تركه إشهادَها، والإشهادَ عليها[٢]: كتمانُها وتغييبُها، وذلك يوجب ضمانها من حيث أمسكها علىٰ وجهٍ لم يُؤْمَر فيه بإمساكها.

ويدل عليه قول النبي صلىٰ الله عليه وسلم: «لا يَحِل مال امرىء مسلمٍ إلا بطيبة من نفسه»[٣].

وظاهره يمنع أَخْذها في جميع الأحوال، إلا حالَ تقوم الدلالة عليها، وهي حال الإشهاد، بدلالة خبر عِيَاض بن حِمَار.

ويدل عليه حديث عبد الله بن الشِّخِّير عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم: «ضالَّة المؤمن حَرَقُ النار»[٤]، وقوله «لا يُؤْوِي الضالة إلا ضال»[٥]، وذلك يمنع أَخْذها، إلا أن تقوم الدلالة عليه، وقد قامت الدلالة علىٰ حال الإشهاد في إباحة الأخذ.

---

(١) تقدم.

(٢) أي في تركه الإخبار عنها، وتَرْكه الطلبَ من الناس ليكونوا معه شهداء علىٰ أن هذه لقطة، والله أعلم، ينظر المغرب ١/٤٥٩، المصباح المنير (شهد).

(٣) تقدم.

(٤) تقدم.

(٥) تقدم.

وأيضاً: فمَن أَخَذَ شيءَ غيرِهِ، فالظاهر أنه أَخَذَه لنفسه، ومَن أَخَذَ شيئاً لنفسه: فعليه ضمانه، إلا أن يأخذه بإذن مالكه، ومِن حيث أُبيح له أخذه.

* ووجه قول أبي يوسف ومحمد: أنه لما كان جائزاً له الأخذ، لم يختلف فيه حكم الإشهاد وغيره في باب سقوط الضمان عنه، إلا أن يكون عَزْمُه أَخْذَها لنفسه، فيضمنها، ويُستحلف عليها، والقول فيه قوله أنه أَخَذَها للردِّ.

مسألة : [الإنفاق علىٰ ضوالّ الحيوانات]

قال: (وإن وَجَدَ شاةً أو بعيراً أو نحوهما، فأنفق عليه: فهو متَطَوِّع، كمَن جاء إلىٰ دابةِ رجلٍ فعَلَفَها بغير أَمْر مالكها: فلا ضمان له علىٰ صاحبها.

فإن أنفق عليها بأمر قاضٍ: كان ما أنفق دَيْناً فيها، فإن قضاه صاحبُها، وإلا بيعت له فيها).

لأن تصرف القاضي جائز علىٰ الغائب في مثل ذلك، لِمَا فيه حِفْظ ماله، فصار كأنه أنفقها بأمره.

وإنما كانت النفقة دَيْناً فيها؛ لأنه أُمِرَ بها علىٰ وجه الاحتياط لصاحبها في حِفْظ ماله، ليَسْلَم له ماله، ولا يَتْلَف، فيجعله دَيْناً فيها، كي إن تلفت لم يلحقه ضمان من غير حصول نفعٍ له.

* (فإن رأىٰ القاضي بيعَها أو إجارتَها: جاز علىٰ حسب ما يرىٰ من المصلحة).

[أخذ ضالة الإبل]

(ومَن وَجَدَ بعيراً ضالاً، فالأفضل له أَخْذه، ويعرِّفه، لما فيه من

إيصال ذي الحق إلىٰ حقه).

قال الله: ﴿وَتَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ﴾[١].

فإن قيل: روي عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم أنه قال: «ضالة المؤمن حَرَقُ النار»[٢]، وقال: «لا يُؤْوِي الضالة إلا ضال»[٣].

قيل له: إذا أراد أَخْذها لنفسه، لا للرد.

فإن قيل: سُئل النبي صلىٰ الله عليه وسلم عن الإبل فقال: ما لَك ولَها، معها سِقَاؤُها وحِذاؤها، تردُ الماءَ، وتأكلُ الشجر»[٤].

قيل له: هذا في الموضع الذي لا يُخشىٰ ضياعه علىٰ صاحبه.

مسألة: [الجُعْل لرادِّ العبدِ الآبِق]

قال: (ومَن وَجَدَ عبداً آبِقاً خارج المِصر علىٰ مسيرة ثلاثة، فردَّه: فله جُعْله أربعون درهماً).

قال أحمد: القياس أن لا شيء له، كما لو ردَّ بعيراً أو بقرة، إلا أن الصحابة اتَّفَقَت علىٰ لزوم الجُعْل علىٰ الآبق، واختلفوا في مقداره[٥].

وإنما جاء اختلافهم في المقدار عندنا، مِن أجل اختلاف المسافة في

---

(١) المائدة: ٢.

(٢) تقدم.

(٣) تقدم.

(٤) تقدم.

(٥) المصنف لابن أبي شيبة ٥/٥٤٠، المصنف لعبد الرزاق ٨/٢٠٧، سنن البيهقي ٦/٢٠٠، المحلىٰ لابن حزم ٨/٢٠٧، نصب الراية ٤/٤٧٠.

القُرب والبُعد، فمَن قال بأربعين، فهو علىٰ مسيرة ثلاثة، ومَن قال بأقـل، فعلىٰ قَدْر المسافة.

* **قال**: (فإن كان العبدُ لا يساوي أربعينَ درهماً، فللذي جاء به قيمته إلا درهماً، في قول أبي حنيفة).

وذلك إنما جُعِلَ له الجُعْل ترغيباً للناس في ردِّ الأُبَّاق[1]، فيؤدِّي ذلك إلىٰ حِفْظ عبيدهم، فإذا استغرقت القيمةُ الجُعْلَ: لم يجـز أن يوجـب عليـه مثل القيمة، إذ لا نَفْع للمولىٰ حينئذ فيه.

* وأبو يوسف ومحمد قالا: له أربعون درهماً، قَلَّتْ قيمتُه أم كَثُرت؛ لأن الصحابة حين أوجبت ذلك، لم تفرِّق بين قليل القيمة وكثيرها.

[مسألة:]

(وحُكْمُ الآبِق في النفقة وفي الهلاك وغيره، حكمُ اللقطـة، علـىٰ مـا بيَّنَّا).

* * * * *

(١) جمع آبق، علىٰ وزن: كُفّار، كما في القاموس المحيط (أبق) بتصرف.

كتاب اللقيط

مسألة : [ادِّعاء ذمي بُنُوَّة لقيط في قرية ليس فيها مسلم]

قال : (وإذا وُجِدَ اللقيطُ في قريةٍ ليس فيها مسلم، فادَّعاه رجل ذمي أنه ابنه: فإنه يُصدَّق، وهو علىٰ دِيْنِه).

وذلك أن الظاهر مِن حال أهل القرية أنهم ذِمِّيون، والقرية في أيديهم، فيُصَدَّق المدَّعي منهم علىٰ دِعوة اللقيط الموجود فيها، كما يُصدَّق المسلمُ في دِعوة اللقيط الموجود في أمصار المسلمين.

وإنما كان اللقيط علىٰ دِيْنِه؛ لأن الحكم للغالب، ألا ترىٰ أن الغالب مِن أهل الحرب لمَّا كان الكُفر، جاز الحكم علىٰ كل مَن وَجَدْنَاه هناك بالكُفر، وإن لم يخلو مِن أن يكون فيهم مسلم تاجرٌ، أو أسير، أو غيره.

وأيضاً: ظاهر قولِ النبي صلىٰ الله عليه وسلم: «كلُّ مولودٍ يولَد علىٰ الفِطرة، فأبواه يُهَوِّدانه ويُنَصِّرانه»[1]: يقتضي إلحاق اللقيط بحكمه.

مسألة : [ادَّعاء ذميٍّ بُنُوَّةَ لقيطٍ وُجِدَ في مِصرٍ إسلامي]

قال: (وإن كان وُجِدَ في مِصرٍ من أمصار المسلمين، وادَّعاه ذمي: لم يُصدَّق في القياس).

لأن الظاهر أن اللقيط مسلم، إذْ كان مَن وَجَدْنَاه في مِصرٍ من أمصار

(١) صحيح البخاري ٣/٢٤٥، صحيح مسلم ٤/٢٠٤٧.

المسلمين فالواجب له أن يُحكَم له بحكم الإسلام حتىٰ يتبين غيره، فلما كان مسلماً لم يصدَّق الذمي علىٰ الدِّعوة؛ لأن حكم ولد الذمي أن يكون ذمياً.

* (إلا أنه استَحْسَنَ[1] فصدَّقَه علىٰ الدِّعوة، وجَعَله مسلماً).

وذلك لأن تحت دِعوته شيئَيْن:

أحدُهما: النسب، وفيه نَفْعٌ للصبي، للزوم نفقته، وإمساكه، وغيرها.

والثاني: فيه ضرر عليه، وهو أن يكون كافراً إذا كان أبوه كافراً، فصدَّقْنَاه علىٰ حق الصبي، ولم نصدِّقْه فيما فيه عليه ضرر، إذ كان لا يُتَوَصَّل إلىٰ صحة النسب منه إلا من جهته.

وقد يكون ابن الذمي مسلماً بإسلام أمِّه.

وإن كان الأب كافراً، فلم يكن في إثبات النسب منه ما يوجِب كون ولده كافراً لا محالة، إذ قد يكون ولد الكافر مسلماً.

مسألة: [ادِّعاءُ العبد بُنُوَّةَ لقيط]

(وإن ادَّعىٰ عبدٌ أنه ابنه: لم يصدَّق)، وذلك (لأن اللَّقِيط حُرٌّ).

وإنما كان اللقيط حراً، مِن قِبَل أن الأصل في الناس الحرية، والرق طارئ عليها، فصارت الحرية هي الظاهرة، والحكم أَبَداً للظاهر حتىٰ تقوم الدلالة علىٰ خلافه.

مسألة: [ادِّعاءُ المرأةِ بُنُوَّةَ لقيط]

قال: (وإن ادَّعَتْه امرأة أنه ابنها: لم تصدَّق حتىٰ تَشْهَدَ امرأة علىٰ الولادة).

---

(١) أي الإمام أبو حنيفة رحمه الله.

وذلك أن الوصول إلىٰ صحة دعواها يمكن بشهادة القابِلَة، ولا تُصدَّق إلا ببيِّنة، وبيِّنَتُها هي المرأة التي يجوز لها المشاهَدة للولادة.

وللكلام في جواز قَبول شهادة المرأة الواحدة علىٰ الولادة موضعٌ غير هذا.

وليست المرأة في هذا كالرجل في قَبول دِعوته لنسب اللقيط، وذلك لأن الأصل في ذلك أن كلَّ إنسان فإنما يكلَّف البيِّنَة علىٰ دَعواه علىٰ حسب الإمكان، ألا ترىٰ أن المرأة تُصدَّق علىٰ الحيض بغير بيِّنة؛ لأنه لا سبيل إلىٰ معرفته إلا من جهتها.

ولا خلاف بين أهل العلم[1] في جواز شهادة النساء وحدهن في الولادة؛ لأن الرجال لا يجوز لهم حضور الولادة، فقلنا علىٰ هذا الأصل: لما كان سبيل إثبات النسب من جهته قولَه، وَجَبَ أن يصير قوله فيه كالبيِّنة، كما كان قول المرأة في تصديقها علىٰ الحيض كالبيِّنة، إذْ لا يُتوصل إليه إلا من جهتها، كذلك دِعوة الرجل.

ومِن أجل ذلك قلنا في الرجل: إذا أقرَّ بابنٍ، وصَدَّقَه[2] فيه: ثبت النسب، ولو أقرَّت المرأة بابنٍ، وصَدَّقَها: لم يثبت النسب بينهما إلا بامرأة تشهد علىٰ الولادة.

وقال أصحابنا: القياس في اللقيط أن لا يُصدَّق مدَّعيه علىٰ النسب إلا ببينة، وإنما استحسنوا في جواز دِعوته.

---

(١) المغني ١٢/١٥.

(٢) أي صدَّق الولد – إن كان كبيراً ويُولَد مثله لمثله – أباه، فحينئذ يثبت نسبه من أبيه.

وقالوا فيمَن ادَّعىٰ صبياً في يديه أنه ابنه: أنه مصدَّق فيه، وهو القياس عندهم، وليس فيه استحسان.

وإنما جهة القياس في مسألة اللقيط: أن للملتَقِط يداً علىٰ اللقيط، لو أراد غيرُه أن ينتزعه منه: لم يكن له ذلك، وكان الملتَقِط أَوْلىٰ بإمساكه، فكان القياس أن لا يُصدَّق علىٰ الدِّعوة، لما فيه مِن إزالة يد الملتَقِط، إلا أنه تُرِكَ القياس فيه، واستُحْسِن في جواز دِعوته؛ لأن يد الملتقط غير مستحِقَّة، لو رأىٰ القاضي إزالتها: كان له ذلك، وللصبي نَفْعٌ في إثبات النسب، لما يثبت له من حق الإمساك والحضانة والنفقة.

فصل: [ادِّعاء المرأة بُنُوَّةَ لقيطٍ أنه ابنها من زوجها]

قال: (وإن ادَّعت أنه ابنها مِن زوجٍ، وصدَّقَها الزوج: كان ابنَهما).

وذلك لأن النسب قد ثبت من الزوج بدِعوته، وصار الصبي في يده، وهي فراشٌ له، فصار الفراش شاهداً لها بثبوت النسب، لاعتراف الزوج بأنه ابنها، كرجل وامرأة في أيديهما صبي، فادَّعيا أنه ابنهما: فيصدَّقان عليه.

مسألة: [ادِّعاء رجلَيْن بُنُوَّةَ لقيط]

قال: (وإن ادَّعاه رجلان، كلٌّ واحدٍ أنه ابنه، ووَصَفَ أحدُهما علاماتٍ في جَسَدِه: فصاحب العلامة أَوْلىٰ به).

مِن قِبَل أن كل واحد منهما لو انفرد كان قوله مقبولاً في النسب بغير بيِّنة، فصارت العلامة مؤكِّدةً لدِعوة أحدهما، ودلالةً علىٰ صِدْقِه، وأنه كان في يده بَدْءاً.

وقال الله تعالىٰ: ﴿إِن كَانَ قَمِيصُهُۥ قُدَّ مِن قُبُلٍ فَصَدَقَتْ وَهُوَ مِنَ

ﵟٱلۡكَٰذِبِينَﵞ[1] إلىٰ آخر القِصَّة، فحكَمَ بصدق الصادق منهما بالعلامة الدالَّة علىٰ صدقه.

وليس ذلك كدعوىٰ رجلَيْن عبداً في يدَيْ غيرهما، ووَصَفَ أحدُهما علامةً في جسده: فلا يُحكَم له به، ولا يَسْتَحِق بالعلامة شيئاً؛ لأن العلامة إنما تدل علىٰ يدٍ كانت متقدمة، وكون يدٍ كانت: لا يَسْتَحِق به شيئاً.

ألا ترىٰ أنه لو أقام البينة أنه كان في يده: لا يُلتَفت إليها.

ولو أقام أحدُ مدَّعيَيْ نسب اللقيط البينةَ علىٰ أنه كان في يده قبل ذلك: استَحَقَّه دون الآخر، كذلك العلامة لما كانت دلالة علىٰ تقدم يده، كان مصدَّقاً فيه، وصار أَوْلىٰ به من الآخر.

[مسألة :]

قال : (ولو لم يصف واحد منهما شيئاً: كان ابنَهما جميعاً).

لتساويهما في الدِّعوة.

وقد روي عن علي[2] وعمر[3] في رجلَيْن وَقَعَا علىٰ امرأة في طُهْر واحد، فادَّعَيَا الولدَ: أنه ابنهما، وقد بيَّنَّا هذه المسألة في كتاب الدِّعوىٰ

---

(١) يوسف: ٢٦.

(٢) مصنف عبد الرزاق ٣٥٩/٧، شرح معاني الآثار ١٦٤/٤، سنن البيهقي ٢٦٨/١٠ وقال: في ثبوته عن علي رضي الله عنه نظر.اهـ لكن ابن حجر في التلخيص الحبير ٧٩/٣ قال: وفي الباب عن علي رضي الله عنه. أخرجه الطحاوي وغيره. اهـ.

(٣) شرح معاني الآثار ١٦٣/٤، وقال: قد روي عن عمر رضي الله عنه من وجوه صحاح أنه جعله بين الرجلين جميعاً، سنن البيهقي ٢٦٤/١٠، وانظر معه الجوهر النقي.

من هذا الكتاب.

مسألة : [إنفاق الملتَقِط علىٰ اللقيط]

قال : (وما أَنْفَقَ الملتَقِط علىٰ اللقيط : فهو متَطَوِّع فيه).

علىٰ ما بيَّنَّا في اللقطة.

* * * * *

كتاب الفَرائِض

مسألة : [القاتل لا يَرِث]

قال أبو جعفر : (ولا يَرِثُ القاتِلُ من المقتول مالاً، ولا ديةً).

وذلك لما روىٰ عَمْرو بن شعيب عن أبيه عن جَدِّه عن عمر بن الخطاب عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم قال: «لا ميراث لقاتل»[1].

والدية ميراثٌ عن المقتول، فهي داخلة في العموم.

والدليل علىٰ أن الدية موروثة عن المقتول: أنه تُقضىٰ منها ديونه، وتُنَفَّذُ وصاياه، وأنها بعد ذلك مقسومة بين الورثة علىٰ سهام المواريث، ومِن أجل ذلك وَرِثَت المرأة منها، كما ترث سائرَ ماله.

وقد روىٰ سعيد بن المسيب «أن عمر بن الخطاب سأل الناس عن ميراث المرأة من دية زوجها، فقام الضَّحَّاك بن سفيان فقال: كتبَ رسولُ الله صلىٰ الله عليه وسلم في امرأةِ أَشْيَم الضِّبَابي أن أُوَرِّثها من دية زوجها، فَوَرَّثَ عمرُ المرأةَ من دية زوجها»[2].

---

(١) سنن ابن ماجه ٨٨٣/٢، سنن البيهقي ٢٢٠/٦، سنن الدارقطني ٩٦/٤ وقد رواه عن عمرو بن شعيب النسائي في سننه الكبرىٰ، كما في تحفة الأشراف ٣٤١/٦.

قال الحافظ ابن الملقن في تحفة المحتاج ٣٢٦/٢: «صححه ابن عبد البر في كتاب الفرائض، وزاد نقل الاتفاق علىٰ ذلك».اهـ، وينظر التلخيص الحبير ٨٤/٣.

(٢) سنن أبي داود ٣٣٩/٣، سنن الترمذي ٤٢٥/٤ وقال: حديث حسن =

مسألة :

قال : (ولا يرث العبدُ، ولا يُورَث).

لأنه لا يَمْلِك، ولا خلاف في ذلك[١].

مسألة :

قال : (ولا ميراث لمرتدٍّ)، ولا خلاف فيه نعلمه[٢].

مسألة : [حكم مال المرتد الذي اكتسبه قبل رِدَّته]

قال : (وإذا مات المرتد علىٰ رِدَّته، أو قُتِل: فمالُه لورثته من المسلمين علىٰ فرائض الله).

قال أحمد : «روي عن علي أنه قَتَلَ المُسْتَوْرِدَ[٣] حين ارتدَّ، وجَعَلَ ميراثَه لورثته من المسلمين»[٤].

ويُحتجُّ فيه بعموم قول الله تعالىٰ: ﴿يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِيٓ أَوۡلَٰدِكُمۡۖ لِلذَّكَرِ مِثۡلُ

صحيح، سنن ابن ماجه ٢/٨٨٣، وقال الهيثمي في المجمع ٤/٢٣٠: «رواه الطبراني، ورجاله ثقات».

(١) المغني ٧/١٣٠.

(٢) المغني ٧/١٧٠.

(٣) المستوردُ رجل من بني عجل، كان مسلماً فتنصَّر، كما في سنن البيهقي ٦/٢٥٤، وبنو عجل: قبيلة من قبائل العرب، وقد ذكر نسبهم ابن عبد البر في الإنباه علىٰ قبائل الرواة ص٨٧.

(٤) مصنف ابن أبي شيبة ١١/٣٥٥، مصنف عبد الرزاق ٦/١٠٥، وصحح سنده ابن حزم في المحلىٰ ٩/٣٠٥، وابن التركماني في الجوهر النقي ٦/٢٥٤.

﴿حَظِّ ٱلْأُنثَيَيْنِ﴾[١].

وقوله تعالىٰ: ﴿إِنِ ٱمْرُؤٌا۟ هَلَكَ لَيْسَ لَهُۥ وَلَدٌ وَلَهُۥٓ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ ۚ وَهُوَ يَرِثُهَآ إِن لَّمْ يَكُن لَّهَا وَلَدٌ﴾[٢].

ونحوها من الآي الموجِبَة للمواريث.

فإن قال قائل: يخصه حديث أسامة بن زيد عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم أنه قال: «لا يَرِثُ المسلمُ الكافرَ»[٣].

قيل له: أصل الحديث: «لا يتوارث أهلُ ملَّتَيْن، لا يرث المسلم الكافر»[٤]. كذا رواه جماعة عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم.

وإذا كان كذلك، ولم يكن للمرتد ملَّةٌ يُقَرُّ عليها، إذ ليست الرِّدَّة بملَّة واحدة، لم يتناوَلْه الخبر.

ألا ترىٰ أن المرتد لا يرث من أهل الدِّين الذي انتقل إليه.

فإن قيل: قد رُوي في أخبارٍ أُخَر مُطْلَقَة: «لا يرث المسلم الكافر»[٥]. من غير ذكر الملَّة.

قيل له: هو خبر واحد، ساقه بعضُهم علىٰ وجهه، وحَذَفَ بعضُهم

(١) النساء: ١١.

(٢) النساء: ١٧٦.

(٣) صحيح البخاري ١٢/٥٠، صحيح مسلم ٣/١٢٣٣.

(٤) المستدرك ٢/٢٤٠ ووافقه الذهبي علىٰ تصحيحه، وقد توسع في ذكر مَن خرَّجه ابن حجر في الفتح ١٢/٥١، والتلخيص الحبير ٣/٨٤.

(٥) صحيح البخاري ١٢/٥٠، صحيح مسلم ٣/١٢٣٣.

بعضَ اللفظ.

وأيضاً: فإن أبا حنيفة لا يُوَرِّث منه وهو كافر؛ لأن مِن قوله: أن ملكه يزول بالردة في آخر جزءٍ مِن أجزاء الإسلام، فإذا مات: كانت الردة هي الموجِبة لنَقْل الملك، فإنما وَرَّثه عقيب الإسلام بلا فصل، كما يُورَث الميت عقيب الحياة بلا فصل.

فإن قيل: فإذا لَحِقَ بدار الحرب، فقد ورَّثْتَه وهو حي.

قيل له: لأنه صار في حكم الميت، لانقطاع حقوقه عنا بلَحَاقه بدار الحرب، وانقطاع العصمة بيننا وبينه، كما قال مخالفنا إنه يزول ملكه، ويُجْعَل في بيت المال.

وكما جاز إزالة الملك باللَّحَاق ونَقْله إلىٰ جماعة المسلمين في حال حياته، كذلك في نَقْله إلىٰ الوارث.

فإن قيل: فَلَمْ يَخْل في ذلك مِن أن تكون قد ورَّثْتَه حياً.

قيل له: وما الذي يمنع منه؟ وقد قال الله تعالىٰ: ﴿ وَأَوْرَثَكُمْ أَرْضَهُمْ وَدِيَٰرَهُمْ ﴾[1]، وكان منهم قوم أحياء.

* ومِن جهة النظر: إن مَن لم يورِّث المرتد، فإنه يجعل مالَه لبيت مال المسلمين، ويستحقه المسلمون عنده لأجل إسلامهم، والوارث معه إسلام، وقُرْبُ نَسَب، فقد اجتمع له سببان، فينبغي أن يكون أَوْلَىٰ من ذي السبب الواحد.

كما أن الإخوة من الأب والأم أَوْلَىٰ بالميراث من الإخوة للأب؛

(١) الأحزاب: ٢٧.

لأنهم ذوو سببَيْن، وهؤلاء ذوو سبب واحد.

مسألة : [حكم مال المرتد الذي اكتسبه حال ردته]

وأما ما اكتسبه المرتدُّ في حال ردَّته: فهو عند أبي حنيفة لبيت المال؛ لأنه اكتسبه في حال إباحة دَمِه، فلم يثبت له فيه ملكٌ صحيح، فصار بمنزلة الحربي لما كان مباحَ الدم، لم يكن له مِلْكٌ صحيح، وكان ماله لبيت المال، كذلك كَسْب المرتد.

وأما ما اكتسبه في حال الإسلام: فقد كان ملكه صحيحاً فيه، ثم زال بالردة، فكانت الورثة أَوْلىٰ به؛ لما ذكرناه.

وأيضاً: فإن المال الذي قد كان له في حال الإسلام، لما زال ملكه عنه بالردَّة، فلا يخلو مِن أن يستحقَّه بيتُ المال علىٰ وجه الغنيمة أو الميراث، ولا يجوز أن يستحقه علىٰ وجه الغنيمة؛ لأن مال المسلم لا يُغْنَم في دار الإسلام، وبعد الردة ليس هو مالاً للمرتد في قول أبي حنيفة.

ألا ترىٰ أنه لا يجيز تصرفه فيه إذا مات أو قُتِلَ، فإذا لم يصح أن يُغْنَم، وكان بيت المال إنما كان يأخذه علىٰ جهة الميراث، فلا جائز أن يستحقَّه مع وجود ذوي السهام والعصبات من الوارث.

مسألة : [ميراث أهل الذمة مِن بعضهم]

(وأهل الذمة يرثُ بعضُهم بعضاً وإن اختلفت مِلَلُهم؛ لأن الكفر مِلَّةٌ واحدة). فيما يتعلق بهم فيما بينهم من أحكامهم.

والدليل علىٰ ذلك: قولُه تعالىٰ: ﴿لَكُمْ دِينُكُمْ وَلِىَ دِينِ﴾[1]، وقوله:

---

(١) الكافرون: ٦.

﴿قُلْ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلْكَـٰفِرُونَ﴾[1]: خطابٌ لسائر الكُفَّار، فَجَعَلَ مِلَلَهم كلَّها دِيْناً واحداً علىٰ اختلافهم، كما جعل الإسلام ديناً واحداً.

ويدل عليه قوله: «لا يَتَوَارثُ أهلُ مِلَّتَيْنِ، لا يرثُ المسلم الكـافر»[2]، فجَعَلَ الكفرَ كلَّه ملة، والإسلام ملة.

ويدل عليه قول النبي صلىٰ الله عليـه وسـلم يـوم فـتح مكـة: «النـاسُ حيِّز، ونحن حيِّز»[3]، يعني في الدِّيْن.

وأيضاً: فإن أهل الكفر وإن اختلفوا، فليس يتعلَّقـون بـشيء، وجميـع مِلَلِها متفقة في البطلان والفساد، فاستويا في حُكمها.

فإن قيل: فقد خالفتُم بينهم في الأحكـام، لأجـل اخـتلاف أديـانهم؛ لأنكم تجيزون للمـسلمين مناكحـةَ أهـلِ الكتـاب، وأكـلَ ذبـائحهم، ولا تجيزون ذلك من المَجُوس، وعَبَدَةِ الأوثان.

قيل له: إنما اختلفت الأحكام فيما بيننا وبينهم، فأما في أنفسهم وفيما بينهم، فلا يختلفون عندنا، وإنما مـسألتنا في مـواريثهم، فأمـا فيمـا بيننـا وبينهم، فإنا متعبَّـدون بالامتنـاع مـن مناكحتـهم، فـذلك حُكْـمٌ لَزِمَنـا في أنفسنا، لا فيما بينهم.

---

(١) الكافرون: ١.

(٢) تقدم.

(٣) مسند الإمام أحمد ٣/٢٢، قال الهيثمي في مجمع الزوائد ٥/٢٥٠: «رواه أحمد والطبراني باختصار كثير، ورجال أحمد رجال الصحيح».

«والحيِّز: بفتح الحاء وتشديد الياء – آخر الحروف – المكسورة، وفي آخره زاي، والمعنىٰ: الناس في ناحية، وأنا وأصحابي في ناحية»، كما في عمدة القاري للعيني ١٤/٨٠.

مسألة : [ميراث الغَرْقَىٰ ونحوهم]

قال : (والغَرْقىٰ، والذين يموتون تحت الرَّدْم إذا لم يُعْلَم تَقَـدُّم مـوتِ أحدِهم علىٰ الآخر: لا يَرِثُ بعضُهم من بعض، ويَرِثُهم الأحياء).

وذلك لأنَّا نحكم بموتهم معاً، إذ لم يكن واحد منهم بـأَوْلىٰ بـالحكم بتقدُّم موته من صاحبه.

فإن قيل: هلاَّ ورَّثْتَ أحدَهم من صاحبه، ثم ورَّثْتَ الآخر منه.

قيل له: هذا محالٌ؛ لأنك إذا حكمتَ له بحكم الميت في وقت، استحال الحكم له بحُكْمِ الحيِّ في ذلك الوقت، وقولك هذا يؤدي إلىٰ ما وصفنا.

مسألة : [مَن لا يَحجُب]

قال: (ومَن لا يرث ممن ذكرنا لم يَحْجُب).

قـال أحمـد : يعـني أن لا يكـون مِـن أهـل المـيراث، نحـو العبـد، والكافر، والقاتِل، وإنما كان كذلك مِـن قِبَـل أنهـم لا يختلفـون أن الجَـدَّ يرث ابنَ ابنه إذا مات وهما مسلمان، والأب كافر، فجعلوا الكـافر بمنزلـة الميت في هذا الوجه، كذلك في سائر وجوه الحَجْب.

مسألة : [حجب الأب لمَن فوقه مِن أصوله]

قال : (والأب لا يَرِثُ معه مَنْ فَوقَه من الآباء، ولا أحدٌ من أمهاته).

قال أحمد : أما حَجْبه للجد: فلا خلاف فيه[1].

ويحجُب أمَّه أيضاً عندنا؛ لأنه لمـا حَجَـبَ أبـاه، فحَجْبُـه الأمَّ أَوْلىٰ؛ لأن الأب آكد أمراً في المواريث من الجَدِّ.

---

(١) المغني ٧/ ٦٤.

وكما اتفقوا[١] علىٰ أن الأم تحجُب أمَّها، كذلك وجب أن يحجُبَها الأب.

مسألة : [حَجْبُ الأبِ الإخوةَ والأخوات]

(ولا يرث مع الأب أحدٌ من الإخوة والأخوات).

لقول الله تعالىٰ: ﴿فَإِن لَّمْ يَكُن لَّهُۥ وَلَدٌ وَوَرِثَهُۥٓ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ ٱلثُّلُثُ﴾[٢].

فجعل جميعَ الميراث لهما عند عدم الولد، ثم قال: ﴿فَإِن كَانَ لَهُۥٓ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ ٱلسُّدُسُ﴾[٣]، فَجَعَلَ لها السدس مع الإخوة، والباقي للأب بقوله بَدءاً: ﴿وَوَرِثَهُۥٓ أَبَوَاهُ﴾، فنَظَمَت الآية حِرمان الإخوة الميراثَ مع الأب.

وقوله تعالىٰ: ﴿فَإِن لَّمْ يَكُن لَّهُۥ وَلَدٌ وَوَرِثَهُۥٓ أَبَوَاهُ﴾: دلالةٌ ظاهرة في استحقاقهما الميراثَ عند عدم الولد، سواء كان هناك إخوة، أو لم يكن، ففي الآية وجهان من الدلالة علىٰ صحة ما ذكرنا.

مسألة : [حَجْبُ الأمِّ للجدة]

قال : (ولا يرث مع الأم جَدَّة)، وهذا لا خلاف فيه[٤].

مسألة : [مَن يَحْجُبُه الجَدُّ]

قال : (ولا يرث مع الجد ابنُ أخٍ للمتوفَّىٰ، ولا أحداً مِن إخوة

---

(١) المغني ٧/٥٢.

(٢) النساء: ١١.

(٣) النساء: ١١.

(٤) المغني ٧/٥٢

المتوَفَّىٰ لأمه)، وهذا أيضاً لا خلاف فيه[١].

مسألة: [حجب البنت وبنت الابن للإخوة من الأم]

قال: (ولا يرث الإخوةُ من الأم مع البنت، ولا مع بنت الابن وإن سَفَل).

وذلك لقول الله تعالىٰ: ﴿وَإِن كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَٰلَةً أَوِ ٱمْرَأَةٌ وَلَهُۥٓ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ﴾ ـ يعني لأم ـ ﴿فَلِكُلِّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا ٱلسُّدُسُ ۚ فَإِن كَانُوٓا۟ أَكْثَرَ مِن ذَٰلِكَ فَهُمْ شُرَكَآءُ فِى ٱلثُّلُثِ﴾[٢].

والكلالة ما عدا الوالد والولد، فيصير تقدير الآية:

وإن مات رجل، ولم يترك ولداً، أو والداً، وترك أخاً أو أختاً لأم: فلكل واحد منهما السدس.

وبنتُ الابن كابنة الصُّلْب، إذْ لم تكن بنت الصُّلْب في حرمان الكلالة، كما كانت بمنزلتها في استحقاق تسميتها.

مسألة: [ميراث المرأة بالوَلاء]

قال: (ولا ترث المرأة بالوَلاء إلا مَن أعْتَقَتْ، أو أَعْتَقَ مَن أَعْتَقَت[٣]).

---

(١) المغني ٧/٤.

(٢) النساء: ١٢.

(٣) أي إذا أعتقت عبداً، ثم صار هذا العبد حرّاً فأعتق آخر، فمات هذا الأخير، فولاؤه لها.

وذلك لأن الولاء تعصيب، وليس ذلك للمرأة، ألا ترىٰ أن العم عَصَبَة، والعمَّة مساوية له في النسب، ولا تعصيب لها.

وأما إذا أَعْتَقَتْ هي، فلقول النبي صلىٰ الله عليه وسلم: «إنما الولاء لمَن أعْتَق»[1]، ولم يفرِّق بين المرأة والرجل.

وروي «أن ابنةَ حَمْزة أَعْتَقَتْ عبداً، فمات وتَرَكَ ابنةً، وبنتَ حمزة، فأعطىٰ النبيُّ صلىٰ الله عليه وسلم بنتَه النصف، وبنتَ حمزة النصف»[2].

ولحديث واثِلة بنت الأَسْقَع عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم قال: «المرأة تَحوْزُ ثلاثةَ مواريث: عَتِيْقَها، ولَقِيْطَها، وولَدَها الذي لاعَنَتْ به»[3].

* * * * *

---

(١) صحيح البخاري ١/٥٥٠، ١٢/٤٥-٤٧، صحيح مسلم ٢/١١٤١.

(٢) سنن ابن ماجه ٢/٩١٣، قال ابن حجر في التلخيص الحبير ٣/٨٠: «في إسناده ابن أبي ليلىٰ القاضي، وأعله النسائي بالإرسال، وصحح هو والدارقطني الطريق المرسلة، وفي الباب عن ابن عباس أخرجه الدارقطني».اهـ، سنن الدارقطني ٤/٨٣، المستدرك للحاكم ٤/٦٦.

(٣) سنن أبي داود ٣/٣٢٥ وسكت عنه، سنن الترمذي ٣/٤٢٩ وقال: حديث حسن غريب، سنن ابن ماجه ٢/٩١٦، المستدرك للحاكم ٤/٣٤١، ووافقه الذهبي علىٰ تصحيحه.

وذكر له ابن حجر في الفتح ١٢/٣١ عدة طرق ثم قال: وهذه طرق يقوىٰ بعضها ببعض.اهـ

باب قِسْمَة المَوَاريث

مسألة : [ميراث الزَّوْج]

قال : (وللزوج النِّصف من ميراث زوجتِهِ إذا لم يكن لها ولدٌ، أو ولدُ ابنٍ، قَرُب منها، أو بَعُد). [1]

وذلك لقول الله تعالىٰ: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّهُنَّ وَلَدٌ﴾[2]، واسم الولد يتناول ولدَ الابن.

* **قال** : (فإن كان لها ولدٌ، أو ولدُ ابنٍ: فله الرُّبع).

لقوله تعالىٰ: ﴿فَإِن كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمُ ٱلرُّبُعُ﴾[3].

مسألة : [ميراث الزوجة]

(وللمرأةِ مِن ميراث زوجها الرُّبع إذا لم يكن له ولد، ولا ولدُ ابنٍ، فإن كان له ولد، أو ولدُ ابنٍ، وإن سَفَل: فلها الثُّمُن).

وذلك لقول الله تعالىٰ: ﴿وَلَهُنَّ ٱلرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْتُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّكُمْ

---

(١) أنبه هنا إلىٰ أن الشارح اختصر مسائل هذا الباب ولم يوردها كاملة بنصها. ينظر المختصر ص١٤٢، وكذلك فعل في الباب الذي يليه: باب العصبة.

(٢) النساء: ١٢.

(٣) النساء: ١٢.

وَلَدٌۚ فَإِن كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ ٱلثُّمُنُ مِمَّا تَرَكْتُم ﴾[١].

* قال: (والمرأتان، والثلاثُ، والأربعُ شُرَكَاء في الرُّبُع أو الثُّمُن).

وذلك لقول الله تعالىٰ: ﴿وَلَهُنَّ ٱلرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْتُمْ ﴾[٢]، فلم يجعل لجماعتهن أكثرَ من الربع.

مسألة: [ميراث الأم]

قال: (وللأم الثُّلُث إن لم يكن للميِّت ولد، ولا ولدُ ابنٍ وإن سَفَل، ولا اثنان من الإخوة والأخوات فصاعداً).

وذلك لقول الله تعالىٰ: ﴿وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا ٱلسُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِن كَانَ لَهُۥ وَلَدٌۚ فَإِن لَّمْ يَكُن لَّهُۥ وَلَدٌ وَوَرِثَهُۥٓ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ ٱلثُّلُثُ ﴾[٣].

فجَعَلَ لها السدس مع الولد، واسمُ الولد يتناول ولدَ الابن، وكذلك مع الإخوة، واسم الإخوة يتناول الاثنين منهم فصاعداً.

* **قال**: (إلا في فريضَتَيْن: إحداهما: زَوْجٌ وأبوان، والأخرىٰ: امرأةٌ وأبوان، فإن للأم ثلث ما بقي في هاتَيْن الفريضَتَيْن بعد نصيب الزوج والزوجة، وما بقي فللأب).

وذلك لقول الله تعالىٰ: ﴿وَوَرِثَهُۥٓ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ ٱلثُّلُثُ ﴾[٤]، فأوجب لها

---

(١) النساء: ١٢.

(٢) النساء: ١٢.

(٣) النساء: ١١.

(٤) النساء: ١١.

الثلثَ عند عدم الولد، وأوجب الثلُثَيْن للأب، فإذا استحق الزوجُ النصفَ، صار كأن الميراث لم يكن إلا الباقي، فَوَجَبَ أن يستحقا علىٰ الثلثين والثلث، كما كانا يستحقانه قبل دخول الزوج في الميراث بعموم اللفظ.

وأيضاً: مِن جهة النظر: لما كان لها مثلُ نصف نصيب الأب عند عدم الزوج والزوجة، وَجَبَ أن يكون كذلك حُكْمُها في التسمية عند دخول الزوج والزوجة، والعلة الجامعة بينهما عدم الولد.

مسألة : [ميراث الأم مع الجد]

قال : (ولو كان مكانَ الأب الجَدُّ: كان للأم ثلث المال كاملاً).

ولا يكون الجَدُّ في هذه الوجوه بمنزلة الأب، كما أنَّ ابنَ الابن بمنزلة الابن، ولا يكون مع البنت بمنزلة ابنِ الصُّلْب، ألا ترىٰ أنَّ البنت تأخذ النصف كاملاً، وما بقي فلابن الابن، كذلك الجَدُّ مع الأم، فوجب أن تأخذ الأم ثلثَ المال كاملاً بعد نصيب الزوج، وما بقي فللجد.

مسألة : [ميراث البنت]

(وللبنت النصف).

بنصِّ التنزيل، وهو قولُ الله تعالىٰ: ﴿يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِيٓ أَوۡلَٰدِكُمۡۖ لِلذَّكَرِ مِثۡلُ حَظِّ ٱلۡأُنثَيَيۡنِۚ فَإِن كُنَّ نِسَآءٗ فَوۡقَ ٱثۡنَتَيۡنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَۖ وَإِن كَانَتۡ وَٰحِدَةٗ فَلَهَا ٱلنِّصۡفُ﴾[1].

---

(١) النساء: ١١.

[مسألة : ميراث البنتين]

(وللبنْتَيْن الثلثان، وكذلك لما فوقهما).

لاتفاق الجميع[١] علىٰ أن الأختَيْن بمنزلة الثلاث، كذلك البنتان، والعلة الجامعة بينهما أن كلَّ واحدة قسمتها النصف إذا انفردت من البنات والأخوات.

فإن قيل[٢]: قال الله تعالىٰ: ﴿فَإِن كُنَّ نِسَآءً فَوْقَ ٱثْنَتَيْنِ﴾[٣].

قيل له: هذا كقوله تعالىٰ: ﴿فَٱضْرِبُوا۟ فَوْقَ ٱلْأَعْنَاقِ﴾[٤].

مسألة : [ميراث البنات وبنات الابن]

(ولا شيء لبنت الابن مع ابنَتَي الصُّلْب، إلا أن يكون معها ذَكَر).

وذلك لأن البنتَيْن قد استَكْمَلَتا جميعَ سهام البنات، وهما الثلثان، فلم يبق لبنات الابن شيء.

---

(١) المغني ٧/١٣-١٤.

(٢) يراد من هذا الاعتراض: أن الله فرض في هذه الآية الثلثين لما فوق الاثنتين، وليس للاثنتين، وأجاب بأن: (فوق): هنا، كهي في قوله تعالىٰ: ﴿فَوْقَ ٱلْأَعْنَاقِ﴾ وهي لصلة الكلام، أي زائدة، ففي أحكام القرآن له ٢/٨١ قال: «وقد قيل إن قوله تعالىٰ: ﴿فَإِن كُنَّ نِسَآءً فَوْقَ ٱثْنَتَيْنِ﴾: أن ذكر: (فوق): هاهنا صلة للكلام، كقوله تعالىٰ ﴿فَٱضْرِبُوا۟ فَوْقَ ٱلْأَعْنَاقِ﴾». اهـ، وقد توسع في هذه المسألة في أحكامه ٢/٨٠.

أما قوله: إن (فوق): زائدة، فقد رد ذلك القرطبي في الجامع ٥/٦٣.

(٣) النساء: ١١.

(٤) الأنفال: ١٢.

[مسألة :]

قال : (وإن ترك ابنةً وابنةَ ابن: فللابنة النصف، ولابنة الابن السدس، وما بقي فللعَصَبة).

رواه هُزَيْل بن شُرَحْبِيْل عن عبد الله بن مسعود عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم[1].

مسألة : [المُشَرِّكَة]

(ولا يُشْرَك بين الإخوة والأخوات من الأب والأم، والإخوة والأخوات من الأم، في مسألة المُشَرِّكَة[2]، وهي: زوج وأم وإخوة، أو: أخوات لأم، وإخوة وأخوات لأب وأم.

فللزوج النصف، وللأم السدس، وللإخوة من الأم الثلث، ولا شيء للذين من قِبل الأب والأم).

وهو مذهب علي[3] رضي الله عنه، وقد كان عمر[4] رضي الله عنه لا يُشرِّك، ثم شَرَّك بينهما جميعاً في الثلث.

والحجة لقولنا: أنَّ الزوج له تسمية النِّصف فيستحقُّه، وللأم تسمية السُّدُس فتأخُذُه، وللإخوة من الأم الثلث أيضاً بالتسمية، فلا يجوز أن يُشْرَك بينهم وبين الإخوة من الأب والأم؛ لأن ذلك يوجب نقصان حظِّهم

---

(١) صحيح البخاري ١٢/١٧.

(٢) سميت بذلك: «لأنها شَرَكت بين الإخوة»، كما في المصباح المنير (شرك).

(٣) مصنف عبد الرزاق ١٠/٢٥١، سنن البيهقي ٦/٢٥٥-٢٥٦.

(٤) ينظر الحاشية السابقة.

عن المسمَّىٰ لهم، وقد سمَّىٰ الله لهم الثلث بقوله: ﴿فَإِن كَانُوٓاْ أَكۡثَرَ مِن ذَٰلِكَ فَهُمۡ شُرَكَآءُ فِي ٱلثُّلُثِ﴾[1].

ولا خلاف[2] أن المراد بهم الكَلالَة، وهم الإخوة أو الأخوات من الأم.

وأيضاً: فإن الإخوة أو الأخوات من الأب والأم عَصبَة، ففي هذه الحال ليسوا من أهل التسمية، فلا يَدْخلون علىٰ ذوي السِّهام في سهامهم.

فإن قيل: فقد ساوَوُا الإخوةَ من الأم في قرابتهم من جهة الأم، فينبغي أن لا يُبْخَسوا لأجل الأب؛ لأن الأب إن لم يؤكِّد أمرَهم، لم يُنْقِصْهُم.

قيل له: لا اعتبار بما ذكرتَ؛ لأنه لو ترك زوجاً، وأُمَّاً، وأخاً لأم، وعِشرين أخاً لأب وأم، استَحَقَّ الأخُ من الأم السدسَ كاملاً، والسدسُ الباقي بين الإخوة من الأب والأم، فنصيب كلِّ واحدٍ منهم أقل من نصيب الأخ من الأم، ولم يستحق بمساواته الأخ من الأم في قرابة الأم مساواتهما في الميراث، كذلك ما وصفنا.

مسألة:

(والأخوات مع البنات عصبة).

لما روىٰ ابنُ مسعود «عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم في بنتٍ، وبنتِ

---

(١) النساء: ١٢.

(٢) الجامع لأحكام القرآن ٥/٧٨.

ابن، وأُخْتٍ: أن للبنت النصف، ولبنت الابن السدس، وما بقي فللأخت»[١].

فإن قيل: قال الله تعالىٰ: ﴿إِنِ امْرُؤٌا هَلَكَ لَيْسَ لَهُۥ وَلَدٌ وَلَهُۥٓ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ﴾[٢]، فإنما جَعَلَ لها النصف عند عدم الولد، فكيف تعطيها النصف مع الولد؟.

قيل له: تسميتُه لها النصف في حال عدم الولد، لا دلالة فيه علىٰ حكمها عند وجود الولد؛ لأن المخصوص بالذكر لا يدل علىٰ أنَّ ما عداه فحُكْمُه خلافه، كقوله تعالىٰ: ﴿وَلَا تَقْتُلُوٓا۟ أَوْلَٰدَكُمْ خَشْيَةَ إِمْلَٰقٍ﴾[٣]، ولم يدل علىٰ أن لنا قتلَهم إذ لم نخشَ الإملاق.

وإذا كان كذلك، فحال عدم الولد حكمُها موقوف علىٰ الدلالة، وقد وردت السنة بإعطائها النصف مع البنت، فأعطيناها.

وأيضاً: قال: ﴿وَهُوَ يَرِثُهَآ إِن لَّمْ يَكُن لَّهَا وَلَدٌ﴾[٤]، ثم يرثها أيضاً إذا كان لها ابنة، وكان معنىٰ الآية: إن لم يكن لها ولدٌ ذكَر.

وكذلك قوله: ﴿إِنِ امْرُؤٌا هَلَكَ لَيْسَ لَهُۥ وَلَدٌ وَلَهُۥٓ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ﴾[٥]: معناه: ليس له ولد ذكر.

---

(١) صحيح البخاري ١٢/١٧.

(٢) النساء: ١٧٦.

(٣) الإسراء: ٣١.

(٤) النساء: ١٧٦.

(٥) النساء: ١٧٦.

وإن كان قولنا هذا خلاف الآية، فقـول مخالِفِنـا في توريـث الأخ مـن الأب مع البنت خلاف الآية.

فإن قيل: قد روي عن ابن عباس عن النبي صلىٰ الله عليـه وسـلم أنـه قال: «أَلْحِقُوا الفرائضَ بأهلها، فما بَقِيَ فلأَوْلَىٰ عَصَبَةٍ ذَكَر»[١].

قيل له: هذا فيمن عدّ[٢] مسألتنا لنستعمل الخبرَيْن جميعاً، يـدل علـىٰ ذلك أنه لو كان معها أخ، لكان الباقي للذكر مثل حظِّ الأنثيين بالاتفاق[٣].

مسألة: [ميراث الجَدَّات]

(والجدَّاتُ وإن كَثُرْنَ فلهنَّ السدس).

وهو اتفاق الصحابة[٤]، إلا شيء يروىٰ عن ابـن عبـاس[٥] ري الله عنـه مِن أنَّ الجَدَّة بمنزلة الأم، ولها الثلث، كما أن الجَدَّ بمنزلة الأب.

وقد روي «عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم أنه أعطاها السدس»[٦].

---

(١) صحيح البخاري ١٢/١١، صحيح مسلم ٣/١٢٣٣.

(٢) هكذا في الأصل، والمراد: «أن هذا الحديث دليل لنا وليس علينا، فإذا أعطينا البنت النصف، وجب أن نعطي الباقي الأخ، لأنه أولىٰ عُصبة ذكر». أحكام القرآن للمصنف ٢/٩٤.

(٣) المغني ٧/٩.

(٤) سنن البيهقي ٦/٢٣٥، التلخيص الحبير ٣/٨٣.

(٥) المحلىٰ لابن حزم ٩/٢٧٢.

(٦) سنن أبي داود ٣/٣١٦، سنن الدارقطني ٤/٩١، سنن البيهقي ٦/٢٣٤، وقد «صححه ابن خزيمة وابن الجارود، وقواه ابن عدي»، كما في بلوغ المرام للحافظ ابن حجر ٣/١٠٠ مع شرحه سبل السلام.

وميراث الجَدَّة مأخوذ من السنَّة، ولم يَرِد فيها أكثر من السدس، ولا تُزاد عليه.

مسألة : [لا ترث أمُّ أب الأم]

قال : (ولا يرث من الجَدَّات أم أب الأم).

وذلك لأن أبا الأم لا يرث مع ذوي السهام والعصبات، فكيف ترث أمه؟ وإنما هي بدل منه.

* * * * *

باب العصبة

[مسألة :]

(وأقرب العصبة الابن وإن سَفَل).

وهو اتفاقٌ من أهل العلم[١].

* (ثم الأب بعد الابن، وابن الابن، ثم الجَدُّ وإن عَلاَ، في قول أبي حنيفة.

ثم الأخ من الأب والأم، ثم الأخ من الأب، ثم العمُّ من الأب والأم، ثم العم من الأب، ثم كذلك فيقدَّم في ذلك مَن عَلاَ علىٰ مَنْ هو أبعد).

وذلك لقول النبي صلىٰ الله عليه وسلم: «أَلْحِقوا الفرائضَ بأهلها، فما بقي فلأَوْلَىٰ عَصَبَةٍ ذَكَر»[٢].

مسألة :

قال : (وإذا لم تكن عصبةٌ مِن نَسَب، فمَوْلىٰ النِّعْمَة[٣] هو العصبة).

---

(١) المغني ٧/ ٢٠.

(٢) تقدم.

(٣) أي المولىٰ المعتِق، كما في المغرب ٢/ ٣٧١.

وذلك لما روي «أن النبي صلىٰ الله عليه وسلم أعطىٰ بنتَ مولىٰ بنتِ حمزة نصف ميراثه، وأعطىٰ بنتَ حمزة النصف»[١].

فجعلها عَصَبَةً مع البنت.

* * * * *

(١) تقدم.

باب الجَدّ

مسألة : [ميراث الجَدّ]

(وللجَدّ مع الولد السُّدس، وإن كان الولد أنثىٰ كان ما بقي بعد فَرْضِها للجدِّ أيضاً.

قال: وإن كان مع الجد أحدٌ من الإخوة والأخوات للأب والأم، وليس معهم مَن له فرض معلوم، فإن أبا حنيفة كان يقول: المالُ كله للجَدِّ دونهم، وجَعَلَه معهم بمنزلة الأب.

وأما أبو يوسف ومحمد: فكانا يقولان في ذلك: إن الجد يقاسم الأخ الواحد والأخت الواحدة، وأكثر من ذلك من الإخوة[١] والأخوات ما كان حظُّ الجد بالمقاسمة ثُلُثَ المال فصاعداً.

وإن نَقَصَ حظُّه بالمقاسمة مِن ثلث المال: كُمِّل له ثلث المال، ثم قُسِم ما بقي بين الإخوة والأخوات للأب والأم: للذَّكَر مثل حظِّ الأُنْثَيَيْنِ.

ومذهبُهما في جميع مسائل الجَدِّ مذهب زيد بن ثابت)[٢].

وجه قول أبي حنيفة: في ذلك قول الله تعالىٰ: ﴿وَوَرِثَهُۥٓ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ ٱلثُّلُثُ

(١) في الأصل: (الأخت)، والتصويب من المختصر ص١٤٨.

(٢) كما سيأتي بيانه ص/٤٨٨ إن شاء الله.

﴿فَإِن كَانَ لَهُۥٓ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ ٱلسُّدُسُ﴾[1].

واسم الأب يتناول الجَدَّ، قال الله تعالىٰ: ﴿مِّلَّةَ أَبِيكُمْ إِبْرَٰهِيمَ﴾[2]، فلما تناوله الاسم، أوجَبَت الآية الثلثين مع الأم من غير إخوة، وإذا كان معها إخوة، فله خمسة أسداس.

فإن قيل: قد قال الله تعالىٰ: ﴿وَٱتَّبَعْتُ مِلَّةَ ءَابَآءِىٓ إِبْرَٰهِيمَ وَإِسْحَٰقَ وَيَعْقُوبَ﴾[3]، فسمَّىٰ العمَّ أباً، ولا يقوم مقامَ الأب في استحقاقه.

قيل له: ليس يمنع وقوع الاسم عليه خروجَه من الميراث، لدلالةٍ تقوم عليه، وقد قامت دلالة الاتفاق[4] علىٰ أنَّ العَمَّ لا يقوم مقام الأب في الميراث.

ألا ترىٰ أن اسم الأب يتناول العبدَ والقاتِل، ولا يستحقون الميراث، بدلالةٍ أوجبت إخراجهم منه.

ودليل آخر: وهو أن الجَدَّ له وِلَاد وتعصيب، فصار كالأب، فلما كان الأب أَوْلىٰ بالميراث من الأخ[5]، من حيث كان له وِلاد وتعصيب، وَجَبَ أن يكون الجَدُّ بمثابته، لوجود هذه العلة.

ويدل عليه أيضاً: أن ابنَ الابن مُدْلٍ ذُو تعصيب، قام مقامَ الابن،

---

(١) النساء: ١١.

(٢) الحج: ٧٨.

(٣) يوسف: ٣٨.

(٤) ومثله في أحكام القرآن للمصنف ١/ ٨٤.

(٥) في الأصل: (الأب).

فكان أَوْلىٰ من الأخ، فوَجَبَ أن يكون الجَدُّ كذلك.

وأيضاً: الجَدُّ يُدْلِي بابنه إلىٰ الميت، والأخ يُدلي بأبيه، وهو أبو الميت، كما يُدلي العَمُّ بأبيه، فكما كان الجد أَوْلىٰ مِن العم لهذه العلة، وهي موجودة في الأخ، وَجَبَ أن يكون أَوْلىٰ منه.

وأيضاً: لما كان الجَدُّ يُدلي بابنه، والأخ يدلي بأبيه، ولو اجتمع الأب والابن كان الابن أَوْلاهما بالتعصيب، كذلك مَن يُدلي بالابن ينبغي أن يكون أَوْلىٰ بالتعصيب ممَّن يدلي بالأب.

ألا ترىٰ أن ابن الابن لما كان يُدلي بابنِ الميت، كان أَوْلىٰ من الأخ الذي يدلي بأبي الميت.

فإن قيل: الأخ والجد[1] جميعاً يدليان بأبي الميت، فينبغي أن يتساويا.

قيل له: لا خلاف أنهما غير متساويَيْن في الميراث؛ لأن الجَدَّ يستحق بالتسمية، ولا يُحرَم بحالٍ إذا لم يكن أَب، والأخ لا يستحق تسمية، وقد يُحرضم مع الجد.

فإن قيل: هذا الاعتلال يوجب أن يكون الجد بالتعصيب أَوْلىٰ من ابن الابن؛ لأن الجد يدلي بأبيه، وابن الابن يدلي بابنه.

قيل له: ابن الابن وإن أدلىٰ بابنه، فإنه يُدْلي بابنِ الميت، فلذلك لم يكن الجد أَوْلىٰ منه بالتعصيب، وأما الأخ فلا يُدلي بابنِ نفسه، ولا بابْنِ الميت، ولا يساوي مَن يُدلي بابنٍ علىٰ أيِّ وجه كانت البنوة.

---

(١) في الأصل: (الأب)، والسياق يقتضي لفظ (الجد)، ونص المؤلف في أحكام القرآن ١/٨٤: (الأخ والجد).

وأيضاً: يُدْلِي الجَدُّ بأبوةِ الميت، وهو أَوْلىٰ ممَّن يدلي ببني ابن الميت، كما أن الجد أَوْلىٰ من العم؛ لأنه أدلىٰ بأبوة الميت، والعم أدلىٰ ببُنوَّة الجد.

قال أحمد : وهذا الذي ذكرناه من قول أبي حنيفة، وهو قول أبي بكر الصديق، وأَحَدُ أقاويل عمر بن الخطاب، وإحدىٰ الروايتَيْن عن عثمان، وأَحَدُ أقاويل علي، وهو قول ابن عباس، ومُعاذِ بن جَبَل، وعائشة، وأبي الدَّرْدَاءِ، وأُبَيِّ بن كَعب، وأبي موسىٰ، وإليه ذهب الحسن البصري، وجابر بن زيد[1].

وأما قول عليٍّ المشهور[2] فإنه يقول: إذا كُنَّ أخوات متفرقات وجَدٌّ: كان للأخوات فرائضهن، وما بقي فللجد.

فإذا كانوا إخوة منفردين، أو إخوة وأخوات مجتمِعين، فإنه يقاسِم بهم الجد مادامت المقاسمة خيراً له من السدس، فإذا كان السدس خيراً له: أعطاه السدس، وما بقي فللإخوة والأخوات.

* ووجه قوله إذا كن أخوات منفردات في إعطائهن التسمية: أن للأخوات تسمية مذكورة في الكتاب، وليس للجد تسمية[3]، فالأخوات

---

(١) تنظر هذه الآثار في مصنف عبد الرزاق ١٠/٢٦٣-٢٦٤، سنن البيهقي ٦/٢٤٦-٢٤٧، وجابر بن زيد هو عالم أهل البصرة في زمانه، من كبار تلامذة ابن عباس، توفي سنة ٩٣ هـ، له ترجمة في سير أعلام النبلاء ٤/٤٨١.

(٢) سنن البيهقي ٦/٢٤٩-٢٥٠.

(٣) حيث قال تعالىٰ: ﴿فَإِن لَّمْ يَكُن لَّهُۥ وَلَدٌ وَوَرِثَهُۥٓ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ ٱلثُّلُثُ ۚ فَإِن كَانَ لَهُۥٓ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ ٱلسُّدُسُ﴾ النساء: ١١، فذكر للأخوات تسمية، وذكر للأم السدس، ولم يذكر =

مِن هذه الجهة أقوىٰ حالاً من الجَدِّ، فأعطىٰ الأخوات فرائضَهن، وما بقي فللجد بالتعصيب.

وإذا كانوا إخوة وأخوات: نَظَرَ، فرأىٰ للجَدِّ مزية ليست للإخوة والأخوات، وهي الأُبُوَّة: وَرِثَ مع الابن، ولا ترث معه الكلالة، وله ولاية وليست للإخوة والأخوات.

ورأىٰ أيضاً للإخوة والأخوات حالاً لم يَرَها للجَدِّ، وهي أنَّ ميراثهم مذكور في الكتاب في قوله: ﴿وَإِن كَانُوٓاْ إِخۡوَةٗ رِّجَالٗا وَنِسَآءٗ فَلِلذَّكَرِ مِثۡلُ حَظِّ ٱلۡأُنثَيَيۡنِۗ﴾[1]، وأنهم أقرب إلىٰ الأب من الجد، والأب هو النسب الذي يُدلي به الفريقان، فسوَّىٰ بينهم في القسمة مادامت المقاسمة خيراً له من السدس.

ولم يحطَّه عن السدس؛ لأنه لا يَسقط بحال، والإخوة والأخوات يسقطون بحال فإذا كان ابنة أو[2] ابنتان، وإخوة وأخوات، وجدٌّ: أعطىٰ البنات فرائضَهن، والجَدَّ السدس، وما بقي فللإخوة والأخوات، كان أخٌ أو أخت، مِن قِبَل أن الإخوة والأخوات عَصَبةُ البنات، وليس في تعصيب الجَدّ نص.

ولو كان اجتمع ابنة، وأخت لأب وأم، وأخ لأب: كان للابنة النصف، وما بقي فللأخت، وليس للأخ هاهنا تعصيب، وهو مساوٍ

للجد تسمية.

(١) النساء: ١٧٦.

(٢) في الأصل: (وابنتان).

للجد، فكذلك الجَدُّ يَسقط مع الأخت إذا صارت عَصبةً، وبقي تأكيد حال الجد في استحقاقه الميراث مع الابن، فأعطاه السدس.

وإلىٰ مذهب عليٍّ رضي الله عنه ذَهَبَ[1] ابنُ أبي ليلىٰ[2] والحسن ابن زياد اللؤلؤي[3]، وشَرِيك[4]، والمُغيرة[5]، والحسن بن صالح بن حَيّ[6].

* وأما قول زيد بن ثابت فإنه يقاسِم الجد بالإخوة المنفردين والأخوات المنفردات، والإخوة والأخوات مجتمعين، مادامت المقاسمة خيراً له من الثلث، إذا لم يكن هناك ذُو سَهم، مِن قِبَل أنه نَظَرَ في حال

---

(١) وقد نسب القول إلىٰ هؤلاء الأئمة أيضاً ابن حزم في المحلىٰ ٢٥٨/٩، وابن قدامة في المغني ٦٧/٧.

(٢) محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلىٰ الإمام مفتي الكوفة وقاضيها، وكان نظيراً للإمام أبي حنيفة في الفقه، توفي سنة ١٤٨هـ، له ترجمة في سير أعلام النبلاء ٣١٠/٦.

(٣) صاحب الإمام أبي حنيفة، العلامة فقيه العراق، توفي سنة ٢٠٤هـ، له ترجمة في سير النبلاء ٥٤٣/٩، الفوائد البهية ص٦٠، وللكوثري رحمه الله: «الإمتاع بسيرة الإمامين الحسن بن زياد وصاحبه محمد بن شجاع».

(٤) شريك بن عبد الله النخعي، القاضي، كان إماماً فقيهاً محدّثاً، توفي سنة ١٧٧هـ، له ترجمة في تذكرة الحفاظ ٢٣٢/١.

(٥) المغيرة بن مقسم، الإمام الحافظ، الفقيه، الكوفي، كان من فقهاء أصحاب إبراهيم النخعي، توفي سنة ١٣٣هـ، له ترجمة في سير أعلام النبلاء ١٠/٦.

(٦) الإمام الكبير، الكوفي الفقيه العابد، توفي سنة ١٦٧هـ، له ترجمة في سير النبلاء ٣٦١/٧.

الجَدِّ، فَوَجَدَ لها من التأكيد ما قدَّمْنَا ذكرَه في وَصْفِ مذهب علي، وَوَجَدَ للأخ أيضاً أحوالاً متأكِّدة ليست للجد، فسوَّىٰ بينهم، ثم قال:

للأخ إذا انفرد تعصيب الأخت، فوجب أن يعصِّبَها الجَدُّ أيضاً، فإذا ضَاق عنهم المالُ، أعطىٰ الجَدَّ الثلثَ، مِن قِبَل أنَّ الجدَّ بحِذَاء الجَدَّة، كما أن الأم بحِذاء الأب، فلما كان للأب مِثْلاَ ما للأم، وَجَبَ أن يكون للجد مِثْلاَ ما للجدَّة، فلما كان للجدة السدس، وَجَبَ أن يكون للجد الثلث.

ويَعْتَدُّ بأولاد الأب مع أولاد الأب والأم في القسمة، ثم يردُّ ما أخذوه علىٰ الأولاد الأب والأم، وذلك أنه إذا كان أخ لأب وأم، وأخ لأب، وَجَدٌّ: قَسَمَ المال بينهم علىٰ ثلاثة، ثم يردُّ الأخُ من الأب ما في يده علىٰ الأخِ من الأب والأم، وذلك لأن قرابتهم من الأب سواء، وكلُّهم يرثون بقُربهم من الأب، فإذا انفرد الجدُّ بحصته، بقي الأخ من الأب والأم مع الأخ من الأب، فيردُّ عليه الأخُ من الأب؛ لأنه لا يرث مع الأخ من الأب والأم.

وإذا كان في الورثة ذُو سَهْم: أعطىٰ كلَّ ذي سهم سهمَه، ثم ينظر بين الجد والإخوة والأخوات، فيعطيه أحدَ ثلاثة أشياء، أيُّها كان خيراً له أعطاه: السدس، أو المقاسمة، أو ثلث ما بقي.

ووجه اعتبار ذلك: إذا ضاق عنهم المال، فليس يجوز أن يكون الجدُّ آكد حالاً من الأب، والأب يُعطىٰ السدس إذا ضاق المال عن السهام، وإذا قاسَمَ جَعَلَه كأحدِ الإخوة، وإذا كان ثلث ما بقي خيراً له أعطاه ثلث ما بقي؛ لأنه أقوىٰ حالاً من الأخ، لأنه يرث مع الابن، والأخ لا يرث مع الابن.

مسألة : [الأَكْدَرِيَّة]

وقال زيد في مسألة الأَكْدَرِيَّة[١]: وهي زوج، وأم، وأخت، وجَدٌّ، قال: لو انفرد الجد بلا أخت: كان للزوج النصف، وللأم الثلث، وما بقي فللجد، وهو السدس.

ولو انفردت الأخت بلا جَدٍّ: كان للزوج النصف، ولها النصف، وللأم الثلث، فيكون للأخت في هذه الحال النصف، فإذا اجتمعا أعطىٰ كلَّ واحد سهمَه لو انفرد.

فجعل للزوج النصف، وللأخت النصف، وللأم الثلث، وللجَدِّ السدس، ثم جَمَعَ ما في يد الأخت إلىٰ ما في يد الجَد، فَجُعِلَ بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين؛ لأنه يجعل الأخت مع الجد بمنزلتها مع الأخ.

* وإلىٰ قول زيد ذهب أبو يوسف ومحمد، وسفيان الثوري[٢]،

---

(١) جاء في سبب تسميتها بهذا الاسم عند ابن أبي شيبة في المصنف ١١/٣٠٢: وكيع عن سفيان قال: قلتُ للأعمش: لم سُمِّيت الأكدرية؟ قال: طرحها عبد الملك بن مروان علىٰ رجل يقال له: الأكدر، وكان ينظر في الفرائض، فأخطأ فيها: فسماها الأكدرية، قال وكيع: وكنا نسمع قبل أن يفسر سفيان: إنما سميت الأكدرية لأن قول زيد تكدَّر منها.اهـ

وينظر حاشية التحفة الخيرية للباجوري علىٰ الفوائد الشنشورية شرح الرحبية ص١٤٦.

(٢) سفيان بن سعيد الثوري، الإمام، شيخ الإسلام، سيد الحفاظ، الكوفي الفقيه، توفي رحمه الله في البصرة سنة ١٦١هـ، له ترجمة في تذكرة الحفاظ ١/٢٠٣، وقد ذكر قوله عبد الرزاق في مصنفه ١٠/٢٧٢.

ومالك[١]، والأوزاعي[٢]، والشافعي[٣].

وأما مذهب عبد الله بن مسعود وهو قول[٤] علقمة[٥]، والأسود[٦]، ومسروق بن الأجدع[٧]، وعَبِيْدَة السَّلْمَاني[٨]، فإنه يقول:

---

(١) الشرح الكبير للدردير علىٰ مختصر خليل مع حاشية الدسوقي ٤/٤٦٤.

(٢) عبد الرحمن بن عمرو الأوزاعي، شيخ الإسلام، الحافظ، إمام عصره عموماً، وإمام أهل الشام خصوصاً، ولد ببعلبك ثم تحول إلىٰ بيروت، وكان أهل الشام ثم أهل الأندلس علىٰ مذهبه مدة من الدهر، ثم فني العارفون به، وبقي منه ما يوجد في كتب الخلاف، توفي رحمه الله سنة ١٥٧هـ، له ترجمة في تذكرة الحفاظ ١/١٧٨، وقد نسب إليه القول بهذا البغوي في شرح السنة ٨/٣٤٣.

(٣) المهذب ٢/٣٤.

(٤) أخرج هذه الآثار ابن أبي شيبة في المصنف ١١/٣٠٦، وعبد الرزاق في المصنف ١٠/٢٧٠.

(٥) علقمة بن قيس، فقيه العراق، خال إبراهيم النخعي، وعم الأسود بن يزيد، كان فقيهاً إماماً بارعاً ثبتاً، وهو من كبار التابعين، توفي رحمه الله سنة ٦٢هـ، له ترجمة في تذكرة الحفاظ ١/٤٨.

(٦) الأسود بن يزيد بن قيس النخعي، الإمام الفقيه العابد، عالم الكوفة، وابن أخي عالمها علقمة، وهو من كبار التابعين، توفي رحمه الله سنة ٧٥هـ، له ترجمة في تذكرة الحفاظ ١/٥٠.

(٧) مسروق بن الأجدع، الإمام الكوفي الفقيه، كان أعلم بالفتوىٰ من شريح، وهو من كبار التابعين، توفي رحمه الله سنة ٦٣هـ، له ترجمة في تذكرة الحفاظ ١/٤٩.

(٨) عَبِيدة بن عمرو السلماني، الكوفي، الفقيه العلم، كاد أن يكون صحابياً، أسلم زمن فتح مكة باليمن، وهو من كبار التابعين، كان يوازي شريحاً في القضاء، =

إذا كانت الأخوات منفردات وجَدٌّ، مثل قول عليٍّ في ذلك؛ لأن الأخوات لهنَّ سهام مذكورة في الكتاب، فورَّثَهُن بالتسمية، والجَدُّ لا تسمية له، وأعطىٰ الأخوات فرائضَهن، وما بقي فللجد.

وإذا كان إخوة منفردين، أو إخوة وأخوات مجتمعين، نَظَر إلىٰ أحوال الجد، فَوَجَدَ له أحوالاً مثل أحوال الأب، ووجد من أحوال الأخ أن ميراثه مذكور في الكتاب، ووَجَدَ الأخَ من الأب والأم آكدُ حالاً من الأخ من الأب، فسوَّىٰ بين الجد والإخوة من الأب والأم مادامت المقاسمة خيراً له من السدس إذا لم يكن هناك ذو سهم.

فإن كان أخت لأب وأم، وأخ[1] لأب، وجَدٌّ: جعل للأخت من الأب والأم النصف، وبقي بعد ذلك حكم التعصيب، فوَجَدَ الأخ عصبة، وكذلك الجد، ووجد الجد آكدَ حالاً، فجعل ما بقي للجد؛ لأنهما جميعاً عصبتان، وأحدُهما أقوىٰ سبباً، وآكد حالاً.

وإذا كان هناك ذو سهم، وإخوة وأخوات، وجَدٌّ: أعطىٰ كلَّ ذي سهم سهمه، وجعل ما بقي بين الجد والإخوة والأخوات علىٰ روايتين:

روىٰ الشعبي المقاسمةَ بينهم، مادامت المقاسمة خيراً له من السدس، علىٰ نحو قول علي[2].

وروىٰ إبراهيم أنه قاسَمَ بينهم مادامت المقاسمة خيراً له من ثلث ما

توفي رحمه الله سنة ٧٢هـ، له ترجمة في تذكرة الحفاظ ١/٥٠.

(١) في الأصل: (أخت)، لكن سيذكر المؤلف بعد قليل أنه: (أخ).

(٢) مصنف ابن أبي شيبة ١١/٣٠٥ و٣٠٧، سنن البيهقي ٦/٢٤٩-٢٥٠.

بقي، أو سدس جميع المال، مثل قول زيد[١].

ولا يَعتدُّ بالإخوة والأخوات من الأب مع الإخوة والأخوات من الأب والأم في القسمة[٢]، كما يفعل زيد؛ لأن الإخوة[٣] من الأب في قول زيد يَرُدُّون إلىٰ الإخوة والأخوات من الأب والأم ما في أيديهم، ولا معنىٰ لمقاسمتهم، وهم لا يأخذون شيئاً.

ولا يفضِّلُ أُمّاً علىٰ جَد[٤]، قال: لأن أحوال الجد كأحوال الأب في مواضع، فلا تُفَضَّل عليه، كما لا تُفَضَّل علىٰ الأب.

فإذا كانت أم، وأخت، وجدٌّ: فمِن قوله: أن للأخت النصف، وللأم ثلث ما بقي، وما بقي فللجد[٥].

وعنه رواية أخرىٰ[٦]: أن للأخت النصف، وما بقي بين الأم والجدِّ نصفين.

ووجه هذه الرواية: أن للجد أحوالاً مثل أحوال الأب، إلا أنه قد تباعَدَ حال الجد؛ لأنه في دَرَجَتَيْن، والأم في درجة، فسوَّىٰ بينهما.

وإذا كان زوج، وأم، وجَد: فمثل ذلك علىٰ الروايات الثلاث.

---

(١) ينظر الحاشية السابقة.

(٢) مصنف عبد الرزاق ١٠/٢٦٨ ذكره من قول ابن مسعود رضي الله عنه.

(٣) في الأصل هكذا: (لأن الإخوة............ (بياض) والإخوة من الأب في قول زيد)، وينظر في تصويبها فتح الباري ١٢/٢٢.

(٤) مصنف عبد الرزاق ١٠/٢٦٩.

(٥) كما في مصنف ابن أبي شيبة ١١/٣٠٢.

(٦) كما في مصنف ابن أبي شيبة ١١/٣٠٤.

وإن كانت بنت، وأخت، وجَدٌّ: فمِن قوله أن للبنت النصف، وما بقي فبين الأخت والجَدِّ نصفين؛ لأن الأخوات عصبة البنات بنص السنة[1]، وليس في الجَدِّ نص رواية في التعصيب إلا أن للجد أحوالاً ليست للأخت.

وإذا كانت بنت، وأختان، وجَدٌّ، فمِن قوله: أن للبنت النصف، وما بقي فبينهم، للذكر مثل حظ الأنثيين.

فإن زادت الأخوات فمِن قوله: أن المال بينهم بعد نصيب البنت، للذكر مثل حظ الأنثيين مادامت المقاسمة خيراً له من ثلث ما بقي.

وإذا كان مع البنت أخ واحد، وجَدٌّ: فإنه يعطي البنتَ نصيبَها، وما بقي بين الجَدِّ والأخ نصفين.

وإذا كانا أخوَيْن: فما بقي فبينهم علىٰ ثلاثة، وإن كانوا أكثر من ذلك: أعطىٰ الجَدَّ ثلث ما بقي، وما بقي فللإخوة.

* * * * *

---

(١) كما هو عند البخاري في صحيحه ٢٤/١٢ وذكر قول النبي صلىٰ الله عليه وسلم: للابنة النصف، ولابنة الابن السدس، وما بقي فللأخت.

باب ميراث ولد الملاعَنَة، وولد الزنىٰ

قال أحمد : ولد الملاعَنة، وولد الزنىٰ، لا نَسَبَ لهما من جهة أب، فهما بمنزلة مَن لا أب له، ولا قَرابة من جهته، فيرثه أخوه من أمه، وأمُّه.

فإن كانت أمُّه عَتَاقة لقومٍ: كان الباقي بعد السِّهام لمَوَالِيها؛ لأنهم عَصَبَته، لأن ولاء الأم لهم.

وإن لم يكن لها وَلاء: كان ما بقي ردّاً عليها، وعلىٰ إخوته لأمه، علىٰ قدر مواريثهم، كمَن مات وترك أُمّاً وإخوة لأم.

مسألة : [ادِّعاء الملاعِنِ الولدَ المنفي]

قال : (وإذا ادَّعىٰ الملاعِنُ الولدَ المنفيَّ: يثبُتُ نَسَبُه، وضُرِبَ الحدَّ).

وذلك لأن إقراره بالنسب حقٌّ عليه، وما نفىٰ[1] حق لغيره، فجَحَدَه ثم أَقَرَّ به، صُدِّق علىٰ نفسه فيه.

وأيضاً: فلا خلاف[2] أنه يُضرب الحدَّ، ووقوع الحد به يُبطِل حكمَ اللِّعان، وذلك لأن اللِّعان حَدٌّ أيضاً مادام حكمه باقياً، ولا يجوز أن يجتمع عليه حدَّان.

---

(١) في الأصل: (بقي).

(٢) المغني ٩/ ٣٤.

مسألة : [ادِّعاء الملاعِن الولدَ المنفيَّ وقد مات، ولم يخلف ولداً]

قال : (فإن كان الولدُ قد توفي قبل ذلك، ولم يخلِّف ولداً، فادَّعاهُ: لم يُصدَّق علىٰ الدِّعوة، ولم يَرِثْه).

وذلك لأن نَسَبَه لا يرجع إليه بعد موته إذا لم يكن هناك حيٌّ يتعلق عليه النسب؛ لأنه لا يجوز إثبات النسب من الميت بعد موته.

ألا ترىٰ أنَّ مَن ادَّعىٰ لقيطاً بعد موته، لم يُلتَفَت إلىٰ دِعوته، ولو ادَّعاه وهو حيٌّ: صُدِّق، وكذلك لو باع غلاماً قد وُلِدَ عنده عن حَمْل كان في مِلكه، فادَّعاه: صُدِّق، وفُسِخَ البيع، ولو مات في يد المشتري ثم ادَّعاه: لم يكن لدِعوته حكم، ولم يُفْسَخ البيع.

مسألة : [ادِّعاء الملاعن الولدَ المنفيَّ الذكرَ، وقد مات وتَرَكَ ولداً]

قال : (وإن كان الولدُ ذكراً، فماتَ وتَركَ ولداً، ثم ادَّعىٰ الملاعِنُ الولدَ الذي لاعَنَ به: ثبت النسب منه).

وذلك لأن هاهنا ولداً حيَّاً يجوز أن يتعلَّق عليه نسبه، وهو ابن الابن مَقامَ الابن، وألحقناه به بالفراش المتقدِّم الذي نفاه باللعان، فمتىٰ ارتفع حُكمُ اللِّعان وهناك ولد يجوز ثبوت النسب منه: ثَبَتَ بالفراش المتقدِّم الذي كان يوجِب ثبوته، لولا اللعان.

وليس هذا بمنزلة مَن باع جاريةً، فولدت عند المشتري لأقل مِن ستة أشهر، ثم كَبِرَ الولد، وَوَلَدَ وَلَداً، ثم مات الولد الأول، ثم ادَّعاه البيِّع: فلا يُصدَّق؛ لأن هذه دِعوةٌ مبتَدَأة يُحتاج إلىٰ إثباتها بَدْءاً في الولد الميت، ثم يثبت من الثاني بعده، فإذا لم يكن الولد الأول حيَّاً لم يثبت.

وإنما كانت دِعوة مبْتَدَأة؛ لأن فراش المِلك لم يكن يوجِب ثبوت النسب لولا الدعوة، ولا يجوز إثبات نسب الميت منه بدعوته، وفراش

النكاح قد كان يوجب إثباتَ النسب لولا اللعان، فإذا بطل حكم اللعان، وهناك ولد حي يجوز أن يتعلق عليه ثبوت النسب: ثَبَّتْنَاه بالفراش المتقدِّم.

مسألة: [ادِّعاء الملاعِنِ الولدَ المنفيَّ وهو بنتٌ ماتت وتركت ولداً]

(ولو كان الولد المنفيُّ بنتاً، فماتت، وتَرَكَتْ ولداً، ثم ادَّعىٰ الملاعِنُ الولدَ المنفي: فإن أبا جعفر رحمه الله ذكر أنَّ مِن قول أبي حنيفة أن الدِّعوة جائزة، ومردُّ النسب إليه.

قال: وقال أبو يوسف ومحمد: الدِّعوة باطلة، ولا يُرَدُّ النسبُ إليه).

قال أحمد: وليس كذلك الجواب، بل هو علىٰ القلب من هذا[1]؛ لأن مِن قول أبي حنيفة: أنه لا يُصدَّق، ولا يثبت النسب منه، ومِن قولهما: أنه يصدَّق، ذكره محمد في كتاب الدَّعوىٰ.

وجه قول أبي حنيفة: أن ابنَ ابنته يتصل نسبُه به مِن غير الجهة التي يرجع إليه نسب ابنه، إنما يلحقه بالفراش، وكذلك نسب ابن الابن[2]، ونَسَبُ ابنِ البنت ليس يلحقه من جهة الفراش، بل بالوالدة.

فلما كان الوجه الذي منه يَلحق نسب ابن البنت، غيرَ الوجه الذي منه يلحق نسب الابن: لم يقم مقامه في جواز الدِّعوة واستلحاق النسب، ولمَّا كان ابن الابن يرجع إليه بالنسب من حيث يرجع إليه نسب ابنه: كان مثله،

---

(١) في المختصر المطبوع ص١٤٩ ذكر الطحاوي لأبي حنيفة قولين: أحدهما: أن الدِّعوة جائزة، وقول آخر: كقول الصاحبين أنها باطلة، وما رجحه الجصاص أن قول أبي حنيفة هو عدم الجواز، وقولهما الجواز: هو ما ذكره الإسبيجابي أيضاً في شرحه ٢/ لوحة/ ٤٦.

(٢) أي وكذلك نسب ابن الابن يلحقه بالفراش.

يُصَدَّق علىٰ الدِّعوة.

ووجه آخر: وهو أنَّ ابنَ البنت لو ثبت نسبه منه، لم يَصِرْ من قومه؛ لأن الولد يُنْسَب إلىٰ قوم الأب دون الأم، ألا ترىٰ أن الهاشميَّ إذا تزوج أعجميةً، أو استولدَ جاريةً روميةً: أن الولد يكون هاشمياً، ولا يكون أعجمياً.

ولو كانت الأم هاشمية، والأب أعجمياً: كان الولد أعجمياً، ولم يكن هاشمياً.

فلما كان الولد يتبع الأب في النسب دون الأم: لم يُصدَّق علىٰ إلحاق النسب مع موت الأب من جهة البنت، إذ لا يتصل النسب إليه فيه.

* * * * *

باب مواريث المَجُوس[1]

مسألة : [ميراث المجوس فيما بينهم]

قال : (ولا يَتَوَارَث المجوسُ بالنكاح إلا ما كان منه صحيحاً).

لأن ما لم يُقَرَّ عليه بعد الإسلام، فهو فاسد، ولكنهم مخلَّوْن وما يعتقدون، كما خلَّيْنَا بينهم وبين عبادةِ غير الله.

ويرثُ بوجود النسب الذي بينه وبين الميت، فلو ترك المجوسيُّ امرأةً، وهي أمُّه التي وَلَدَتْه، وهي أيضاً أختُه لأبيه كان أبوه تزوج ابنتَه، فأَوْلَدَها إياه: وَرَّثَتْه ثلثَ المال بالأمومة، ونِصفَ المال لأنها أخته لأبيه، وما بقي من المال يُرَدُّ عليها.

وإنما وَرِثَتْ بالقرابتَيْن؛ لأن إحداهما لا تُنافِي ميراثَ الأخرىٰ، ألا ترىٰ أن القرابتَيْن لو كانتا لشخصين: وَرِثَا بهما، كذلك إذا كانتا لشخص واحد، ألا ترىٰ أنه لو تَرَكَ ابنَيْ عم، أحدُهما أخ لأم: فالأخ[2] للأم يأخذ سهم الأخ من الأم، ثم يأخذ مع ابن العم الآخر بالتعصيب، فيكون بينهما نصفين.

---

(١) روىٰ الطبري في تفسيره جامع البيان ١٢٩/١٧ عن قتادة: أن المجوس يعبدون الشمس والقمر والنيران، وفي كتاب المِلل والنِّحَل للشهرستاني ٢٣٠/١ ما يدل علىٰ أنهم طوائف، وأنهم كانوا قبل اليهود والنصارىٰ.

(٢) في الأصل: (لأن الأخ).

مسألة : [تَرَكَ مجوسيٌّ امرأةً هي ابنتُه، وهي أختُه لأمه]

قال : (وإن تَرَكَ امرأةً هي ابنتُه، وهي أختُه لأمه، كأنه تزوج أمَّه، فأولدها إياها[١]: كان لها النصف لأنها ابنتُه، ولا شيء لها لأنها أختُه لأمه؛ لأن الأختَ للأم لا ترث مع البنت).

* * * * *

(١) في الأصل: (إياه)، والتصحيح من المختصر ص١٥٠، ويقتضيه السياق.

باب الميراث بالأَرْحَام

[مسألة :]

(وإذا ترك الرجل ابنتَه، أو أمَّه، أو أختَه لأمه، أو أخاه لأمه، ولم يترك وارثاً سواه مِن عصبةٍ ولا غيرها: كان له من الميراث ما فَرَضَه الله له منه، وكان ما بقي منه ردّاً عليه برَحِمِه).

قال أحمد : هذه المسألة مَبْنيَّة علىٰ مسألة توريث ذوي الأرحام، وكلُّ مَن ورَّث الأرحام، فإنه يرىٰ الردَّ، وكُلُّ مَن لا يرىٰ توريث ذوي الأرحام: فإنه لا يرىٰ الرد.

[أدلة توريث ذوي الأرحام]

والدليل علىٰ توريث ذوي الأرحام: قولُ الله تعالىٰ: ﴿لِّلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ ٱلْوَٰلِدَانِ وَٱلْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَآءِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ ٱلْوَٰلِدَانِ وَٱلْأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ ۚ نَصِيبًا مَّفْرُوضًا﴾[1].

فاقتضىٰ ظاهرُ الآية توريثَ جميعِ القرابات بقوله: ﴿مِّمَّا تَرَكَ ٱلْوَٰلِدَانِ وَٱلْأَقْرَبُونَ﴾، فوَجَبَ توريثُهم بالآية، ثم يكون تفصيل الأنصباء موقوفاً علىٰ قيام الدلالة عليه.

---

(١) النساء: ٧.

فإن قيل: إنما عَنَىٰ به مَن سمَّاهم في آيات المواريث؛ لأنه قال: ﴿نَصِيبًا مَّفْرُوضًا﴾، وذوو الأرحام ليس لهم نصيب مفروض.

قيل له: ليس في آيات المواريث ما يوجب تخصيصَ هذه الآية؛ لأنَّا نجعلُ المذكورين في آيات المواريث بعضَ ما انتظمت الآية.

وليس في قوله: ﴿نَصِيبًا مَّفْرُوضًا﴾: ما يوجب أن يكونوا هم المذكورين في آية المواريث؛ لأن ذِكر النصيب المعروف بعد قوله: ﴿لِّلرِّجَالِ نَصِيبٌ﴾، إنما هو تأكيد لوجوب النصيب المذكور، بأن جَعَلَه فرضاً لازماً، ومواريث ذوي الأرحام بهذه المنزلة.

ودليل آخر: وهو قولُه تعالىٰ: ﴿وَأُوْلُواْ ٱلْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَٰبِ ٱللَّهِۚ إِنَّ ٱللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمُۢ﴾[1].

وعموم ذلك يقتضي أن يكونوا أَوْلىٰ بالميراث في كل حال، إلا موضعاً يخصُّه الدليل.

فإن قيل: لما كان: ﴿أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَٰبِ ٱللَّهِۚ﴾: وَجَبَ اعتبار مَن نصَّ عليه في الكتاب في الأرحام، وهو ما بُيِّن في آيات المواريث.

قيل له: ليس في قوله: ﴿فِي كِتَٰبِ ٱللَّهِۚ﴾: ما يوجب الاقتصار بهم علىٰ ما ذُكِرَ في غيرها من الآيات؛ لأن هذه الآية في كتاب الله أيضاً، فإن وَجَبَ اعتبار الآيات التي فيها ذِكْر المواريث لأنها في كتاب الله، وَجَبَ أن يستحقُّوا الميراث بأرحامهم.

---

(١) الأنفال: ٧٥.

وأيضاً: فمعنىٰ قوله: ﴿فِي كِتَٰبِ ٱللَّهِ﴾: في فرض الله، كما قال: ﴿كِتَٰبَ ٱللَّهِ عَلَيۡكُمۡ﴾[١]: يعني فرضه، وقال: ﴿كُتِبَ عَلَيۡكُمُ ٱلصِّيَامُ كَمَا كُتِبَ عَلَى ٱلَّذِينَ مِن قَبۡلِكُمۡ﴾[٢]، ونحوها من الآي، فكذلك قوله تعالىٰ: ﴿فِي كِتَٰبِ ٱللَّهِ﴾: معناه في فرض الله، والله أعلم.

فإذا كان كذلك، لم يجز تخصيص الآية بما ذكرت.

ويُحتَج فيه بعموم قوله: ﴿يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِيٓ أَوۡلَٰدِكُمۡۖ لِلذَّكَرِ مِثۡلُ حَظِّ ٱلۡأُنثَيَيۡنِ﴾[٣].

واسم الأولاد يتناول أولاد البنت، فوَجَبَ لهم الميراث بالعموم حتىٰ تقوم الدلالة علىٰ أن غيرهم أَوْلىٰ منهم.

* ومِن جهة السنة: حديث عُمَر، والمِقدام بن مَعْدِي كَرب عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم أنه قال: «الخالُ وارثُ مَنْ لا وارث له»[٤].

فإن قيل: لما قال: وارث مَن لا وارث له: فقد نفىٰ أن يكون وارثاً.

---

(١) النساء: ٢٤.

(٢) البقرة: ١٨٣.

(٣) النساء: ١١.

(٤) سنن الترمذي ٤/٤٢١ وقال: حديث حسن صحيح، سنن أبي داود ٣/٣٢٠ وسكت عنه، سنن ابن ماجه ٢/٩١٤، صحيح ابن حبان (موارد الظمآن) ص٣٠١، وحسنه الحافظ ابن حجر في الفتح ١٢/٣٠، ونقل ابن التركماني في الجوهر النقي ٦/٢١٤ عن ابن القطان أنه حديث صحيح.

قيل له: هذا كلامُ جاهلٍ بمعنىٰ الخطاب؛ لأن المعقول منه أنه وارثُ مَنْ لا وارث له غيرُه، كما روي عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم أنه كان يقول في دعائه: «يا عِمَاد مَنْ لا عِمَاد له»[1]، ومعناه: مَن لا عماد له غيرُه، وهو أظهر مِن أن يُحتَاج فيه إلىٰ الاستشهاد.

وعلىٰ أنه كيف يُشْكِل منه مع قوله: «هو وارث»، فتراه أثبتَه وارثاً، ثم أخرجه من الميراث بقوله: لا وارث له.

حدثنا عبد الباقي بن قانع قال: حدثنا إبراهيم بن هاشم بن الحسين قال: حدثنا محمد بن عبد الوهاب الحارثي قال: حدثنا شَرِيك عن ليث عن محمد بن المُنْكَدِر عن أبي هريرة أن النبي صلىٰ الله عليه وسلم قال: «الخالُ وارث»[2].

وحدثنا عبد الباقي بن قانع قال: حدثنا الحسن بن المثَنَّىٰ قال: حدثنا أبو عمر الضَّرِير قال: حدثنا حماد بن سلمة عن محمد بن إسحاق عن محمد بن يحيىٰ بن حَبَّان عن عمه واسع بن حَبَّان «أنَّ ثابت بن الدَّحْدَاح ماتَ، فقال رسولُ الله صلىٰ الله عليه وسلم لعاصم بن عَدي: هل تعلم له شيئاً في العرب؟

---

(١) عزاه الإمام السخاوي مرفوعاً لمسند الديلمي، وضعَّفه، كما في القول البديع ص٤٧.

(٢) سنن الدارقطني ٨٦/٤، البيهقي ٢١٥/٦ قال البيهقي: «هو مختلف فيه علىٰ شريك، وليث بن أبي سليم غير محتج به».اهـ، وتعقبه ابن التركماني بقوله: «ليث قد أخرج له مسلم في صحيحه واستشهد به البخاري... وأقل أحواله أن يكون حديثه هذا شاهداً لحديث المقدام أو غيره».

قال: يا رسول الله! كان رجلاً آتِيّاً[1]، فتزوج عبدُ المنذر أختَه، فولدت له أبا لبابة، فجعلَ رسولُ الله صلىٰ الله عليه وسلم ميراثَه لأبي لبابة.

قال أبو عمر: وهو ابن أخته[2].

ويدل علىٰ صحة القول بالردِّ، وتوريث ذوي الأرحام ما حدثنا محمد بن بكر البَصري قال: حدثنا أبو داود قال: حدثنا إبراهيم بن موسىٰ الرَّازي قال: حدثنا محمد بن حرب عن عمر بن رؤبة الثَّعْلَبِي عن عبد الواحد بن عبد الله النَّصْري عن وَاثِلة بن الأَسْقَع عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم قال:

---

(١) أي الذي لا يُعرف له أصل، كما في سنن الدارمي ٢/٢٧٥، وفي النهاية ١/٢١ فسَّره بأنه الغريب.

(٢) سنن الدارمي ٢/٢٧٥، سنن البيهقي ٦/٢١٥ قال: وهو منقطع، وقال في ٦/٢١٦: «وقد أجاب عنه الشافعي في القديم فقال: ثابت بن الدحداحة [- ويقال ابن الدحداح -] قتل يوم أحد قبل أن تنزل الفرائض اهـ.

وتعقبه ابن التركماني ٦/٢١٦ فقال: «ذَكَرَ صاحب الاستيعاب عن الواقدي قال: وبعض أصحابنا الرواة للعلم يقولون أن ابن الدحداح برأ من جراحاته، ومات علىٰ فراشه من جرح أصابه، ثم انتقض به مرجع النبي صلىٰ الله عليه وسلم من الحديبية، ثم نقل ابن التركماني تصحيح ابن الجوزي لقول من قال إنه مات زمن الحديبية، لا زمن أُحُد، وهذا أيضاً ما ذكره ابن حجر في الإصابة ١/١٩١.

قال الشوكاني في نيل الأوطار ٦/١٨١: ومما يؤيد ثبوت ميراث ذوي الأرحام قوله صلىٰ الله عليه وسلم: «ابن أخت القوم منهم»، كما هو عند البخاري في صحيحه ١٢/٤٨، صحيح مسلم ٢/٧٣٥.

«المرأة تحوز ثلاثةَ مواريث: عتيقَها، ولقيطَها، وولدَها الذي لاعَنَتْ به»[(١)].

فأخبر أنها تحوز جميعَ ميراث ابنها، فثبت بذلك وجوب الردِّ، ودلَّ علىٰ توريث ذوي الأرحام؛ لأن كلَّ مَن أوجب الردَّ، ورَّث ذوي الأرحام.

ويدل عليه أيضاً: ما حدثنا محمد بن بكر قال: حدثنا أبو داود قال: حدثنا موسىٰ بن عامر قال: حدثنا الوليد قال: حدثنا أبو محمد عيسىٰ عن العلاء بن الحارث عن عَمرو بن شُعَيب عن أبيه عن جده عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم «أنه جَعَلَ ميراث ابنِ الملاعَنة لأمه، ولورثتها مِن بعدها»[(٢)].

وهذا الحديث يدل من وجهين علىٰ ما قلنا:

أحدهما: أنه جَعَلَ لها جميع الميراث، ولا يُستَحقُّ الجميعُ عندنا عنه إلا بالردِّ، وإن أُثْبِتَ الردُّ، ثَبَتَ توريث ذوي الأرحام.

ومن الوجه الآخر: أنه جَعَلَ ميراثَه لورثتها مِن بعدها، وفي ورثتها الخالُ والخالة، فدلَّ علىٰ توريثهما إذا لم يكن غيرهما.

* فإن احتجَّ علينا بما حدثنا عبد الباقي بن قانع قال: حدثنا محمد بن موسىٰ بن حماد البَرْبَرِي قال: حدثنا الربيع بن تَغْلِب قال: حدثنا مَسْعَدَة بن اليَسَع عن محمد بن عَمرو عن أبي سلمة عن أبي هريرة قال: «سئل النبي

---

(١) تقدم.

(٢) سنن أبي داود ٣/٣٢٥-٣٢٦ وذكره ابن حجر في الفتح ١٢/٣١ علىٰ أنه من شواهد الحديث السابق: «المرأة تحوز...»، وأنه يقوىٰ الحديث بتعدد طرقه وشواهده، وكذلك قال ابن القيم في تهذيب مختصر سنن أبي داود ٤/١٧٧.

صلىٰ الله عليه وسلم عن ميراث العمة والخالة، فقال: سارَّني جبريلُ، وقال: لا شيء لهما»[١].

وحدثنا عبد الباقي قال: حدثنا الحسن بن المثنىٰ قال: حدثنا أبو عمر الضرير قال: أخبرنا عبد الله بن جعفر ـ قال عبد الباقي: وهو المخزومي ـ عن زيد بن أسلم عن عطاء بن يسار عن ابن عمر «أن رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم كان يأتي قُبَاء علىٰ حمارٍ أو علىٰ حِمَارة، فلقِيَه رجلٌ فقال: يا رسول الله! ما تقول في الخالة والعمة؟

قال: يا ربِّ خالةٌ وعمَّةٌ، ثم قال: لا شيء لهما». كذا عن ابن عمر[٢].

قيل له: هذا الحديث يُروىٰ عن عطاء مرسلاً عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم، وحديث مَسْعَدة ضعيف.

ولو ثَبَتَ موصولاً كان خَبَرُنا أَوْلىٰ مِن جهتين:

إحداهما: أن خبرنا مثبِت، وخبرَهم نافٍ، والنفي والإثبات متىٰ اجتمعا في الأخبار كان الإثبات أَوْلىٰ بهما.

والجهة الأخرىٰ: أن خبر النفي واردٌ علىٰ الأصل، وقد كان الأصل

---

(١) سنن الدارقطني ٤/٩٩ قال: لم يُسنده غير مَسْعدة عن محمد بن عمرو، وهو ضعيف، والصواب: مرسل، المستدرك للحاكم ٤/٣٤٣ من عدة طرق، وكلها فيها ضعف، كما بيَّنه الذهبي في تلخيصه، وابن حجر في التخليص الحبير ٣/٨١ وبيَّن أنه ما يخلو طريق من طرقه إلا وفيه علة من ضعف أو إرسال أو راو متروك، ولهذا قال الشوكاني في نيل الأوطار ٦/١٨١: «وكل هذه الطرق لا تقوم بها حجة».اهـ، وقد ذكر الجصاص عقب هذا الحديث أنه ضعيف.

(٢) المستدرك ٤/٣٤٢-٣٤٣، وهو أحد طرق الحديث السابق.

نَفْي المواريث؛ لأنهم كانوا يتوارثون بالهجرة والحِلْف[1]، دون الأنساب، إلىٰ أن أنزلَ الله تعالىٰ: ﴿وَأُوْلُواْ ٱلْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَٰبِ ٱللَّهِۚ إِنَّ ٱللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ﴾[2]، وإثباتُ الميراث بالقَرابة طارئ علىٰ نفيه، فكان أَوْلىٰ؛ لأنَّا قد علمنا نفيَه بَدْءاً، وأن الإثبات حادِث بعد النفي، ولا نعلم بعد ذلك حدوثَ إسقاطه بعد ثبوته، فصار الإثبات يقيناً من هذا الوجه، وسقوطُه بعد ذلك مشكوك فيه.

وأيضاً: يحتمل أن يريد بقوله: لا شيءَ لهما: يعني مع ذوي السهام المذكور سهامهم في الكتاب مع القرابات.

ويحتمل: لا شيء لهما: أي لا فرض لهما مسمَّىٰ فيه.

فإن قال قائل: الدليل علىٰ أن ذوي الأرحام لا يستحقُّون الميراث: أنه معلوم أنَّ كلَّ إنسان فبَيْنَه وبين آدم بنو أعمامه وعصباته مَن يحجُب ذوي الأرحام من الميراث وإن لم يكن معلوماً بعَيْنه عندنا، إلا أنَّا قد علمنا يقيناً أن ذوي الأرحام غير مستحقِّين معهم، فلو أعطيناهم: كنَّا قد أعطينا مَن تيقَّنَّا أنه غير مستحقه.

قيل له: ومِن أينَ قلتَ إن لكلٍّ نَسَباً إلىٰ آدم عصبةً من جهة الأب، وقد يجوز أن يكون في آبائه ملاعَنة، أو ولد زنىٰ، فلا يكون له نسب من جهة الأب، فهذه قضية فاسدة من هذا الوجه.

وعلىٰ أنه لو كان هذا الاعتبار صحيحاً: لوَجَبَ أن لا يستحقه بيتُ

---

(١) وهو ما يسمىٰ بميراث الولاء، وسيأتي بيانه في باب الميراث بالموالاة.

(٢) الأنفال: ٧٥.

المال، لأن بيت المال لا حظَّ له في الميراث مع العصبات.

ثم كان ينبغي أيضاً أن لا يستحقَّ مولىٰ النِّعمة الميراث؛ لأنه لا ميراث له مع العصبة من جهة النسب.

فإن قال قائل: فقد سلَّمْنا لك أنا لا نتيقَّن أنه له عصبة، لجواز أن يكون في آبائه ولد ملاعَنَة، أو ولد زنىٰ لا نَسَبَ له من قِبَل الأب، وإذا كان كذلك، وقد تَيقَّنَّا مع ذلك أنه لابدَّ مِن أن يكون له قرابة وإن لم يكن له عصبة، فلو استحقَّ ذوو الأرحام ميراثَه كما استحقَّه بيتُ المال، لحصل[1] اليقين بأن هناك مستَحِقاً بعينه.

ولا يلزمنا علىٰ ذلك ما لزمكم؛ لأنا لا نتيقن العصبة، فجاز أن نجعله لبيت المال، ولمولىٰ النِّعمة.

قيل له: فينبغي أن لو كان الرجل عرَّفَنَا بنسب آبائه إلىٰ تَمِيمٍ، أنْ لا يستحقَّ ميراثَه بيتُ المال، وإن لم نعرف له وارثاً بعَيْنِه؛ لأنَّا قد علمنا أن له عَصَبَةً من بني تميم، وإن لم نعرفه بعينه، فلما جاز أن يستحق ميراثَه بيتُ المال، مع علمنا بكون العصبة، كذلك يستحقه بيت المال إذا لم نعرفْ ذوي الأرحام بأعيانهم.

* ويدل عليه مِن جهة النظر: وهو أن مَن جعلَه لبيت المال فإنما جَعَلَه لجماعةٍ من المسلمين لأجل إسلامهم، وذوو الأرحام معهم إسلام ونَسَب، فكانوا أَوْلىٰ؛ لأن ذا السببَيْن أَوْلىٰ من ذِي السبب الواحد، مثل الأخ من الأب والأم، مع الأخ من الأب.

وأيضاً: لما كان الجَدُّ وارثاً لأجل ما لَه من الوِلاد، وكذلك ابنة

(١) في الأصل: (لحصول).

الابن، وَجَبَ أن يكون الجَدُّ أبو الأم مِن أهل الميراث، وكذلك ابنة الابنة، لأجل ما لَهما من الوِلادة، فإذا ثبت ميراث الجد أبي الأم وابنة البنت: ثَبَتَ ميراث سائر ذوي الأرحام علىٰ حسب القُرب من الميت؛ لأن أحداً لم يفرِّق بينهما.

قال أحمد: وكان أبو حازم[١] يرىٰ توريثَ ذوي الأرحام إجماعاً[٢].

حدثني بعضُ شيوخنا مِن أصحاب أبي حازم أن أبا حازم[٣] أشار علىٰ المعتَضِد بالله[٤] بردِّ أموالٍ صارَتْ في بيت المال، من أموال الأموات

(١) عبد الحميد بن عبد العزيز القاضي، يقال له أبو حازم بالحاء، وأبو خازم بالخاء، كان من أفاضل القضاة، ثقة ورعاً، عالماً بفنون الحساب والفرائض، ولي قضاء الكوفة وغيرها، توفي رحمه الله في بغداد سنة ٢٩٢هـ، له ترجمة في الفوائد البهية ص٨٦.

(٢) سيأتي في القصة التالية أنه إجماع الخلفاء الراشدين الأربعة رضي الله تعالىٰ عنهم.

(٣) في الأصل: (من أصحاب أبي حازم أن المعتضد بالله أمر برد...) والسياق يقتضي هذا التصويب، وينظر له المبسوط للسرخسي ٣٠/٢.

(٤) أحمد بن طلحة بن جعفر، أبو العباس، المعتضد بالله، خليفة عباسي، ولد ونشأ ومات في بغداد، بويع بالخلافة بعد وفاة عمه المعتمد سنة ٢٧٩هـ، كان عالماً شجاعاً مهيباً حازماً، من أكمل الخلفاء المتأخرين، وكانت الخلافة قد وهي أمرها وضعف، فأعزها الله بالمعتضد، وكانت أيامه طيبة، كثيرة الأمن، وقد نشر العدل، ورفع المظالم عن الرعية، وكان يحج ويغزو، ويجالس العلماء والمحدثين، وغني بيت مال المسلمين في خلافته غناء شديداً، بقي في الخلافة حوالي عشر سنين، توفي رحمه الله سنة ٢٨٩هـ، وله سبع وأربعون سنة، له ترجمة في فوات الوفيات ٧٢/١ شذرات الذهب ١٩٩/٢، الأعلام ١٤٠/١.

ـ ولهم ذوو الأرحام ـ إلىٰ الأرحام، ففعل المعتضد ذلك، وأنشأ به كُتُباً إلىٰ الآفاق، وهي مشهورة في أيدي الناس[١].

قال: فأنكرَ عليه بعضُ أصحابنا فُتْيَاه هذه، وقال: هذه مسألة فيها خلاف بين السَّلَف، وقد حصلتْ هذه الأموال في بيت المال بحُكْم حاكم، فلا يجوز فَسْخ هذه الأحكام إذا كانت مما قد اختَلَفَ فيه السلف، وسَاغَ الاجتهاد فيه.

قال: فقال أبو حازم: لم يكن في بيت مالِ الخلفاء الراشدين ـ وهم الخلفاء الأربعة[٢]ـ شيءٌ من أموال الأمواتَ الذين لهم ذوو أرحام، فصار ذلك إجماعاً منهم، ولا أعدُّ قولَ زيد بن ثابت خلافاً عليهم، فصار فَسْخِي لحكم الحاكم إبطالَ مذهبه فيما لا يسوغ فيه الاجتهاد، فنَفَذَ وجَاز.

فصل : [إذا تَرَكَ أُمّاً وأَخَاً لأم]

قال أبو جعفر : (فإن ترك أمَّه، وأَخَاه لأمه: كان لأمه الثلث بالفرض، ولأخيه لأمه السدس بالفرض، وما بقي فَرَدٌّ عليهما علىٰ مقدار مواريثهما).

---

(١) ذكر هذا أيضاً عن المعتضد بالله الطبري في تاريخه ١٠/٤٤، وابن الأثير في الكامل ٧/٤٨٢.

(٢) يريد – والله أعلم – أن الخلفاء الراشدين الأربعة رضي الله عنهم كانوا يرون توريث ذوي الأرحام، كما روىٰ ذلك عنهم ابن أبي شيبة في المصنف ١١/٢٧٣، سنن البيهقي ٦/٢١٦-٢١٧، عمدة القاري ٢٣/٢٥٩، ولكن منهم من روي عنه أكثر من قول.

قال أحمد : يصير المال بينهما علىٰ ثلاثة، ثُلُثَاه للأم، وثلثه للأخ للأم.

وإنما يُرَدُّ علىٰ الأخ للأم مع الأم، كما رُدَّ الجميع علىٰ الأخت من الأب والأم مع الأم، والمعنىٰ الجامع بينهما: أنَّ كلَّ واحد منهما يستحق الميراث بسببٍ قائم بينه وبين الميت، ألا ترىٰ أنه لو لم يكن إلا أخ لأم، يستحق الردَّ عليه بعد السدس، كذلك كون الأم معه لا يمنع الرد عليه.

* وليس هذا بمنزلة: (الزوج والزوجة في أنهما لا يُرَدُّ عليهما)[1]: مِن قِبَل أنهما يستحقان الميراث بسببٍ منقطع بعد الموت، ألا ترىٰ أنهما لا يستحقان الردَّ لو لم يكن غيرهما.

مسألة : [مَن لا يُردُّ عليه]

قال أبو جعفر : (ولا يُرَدُّ علىٰ غير ذي سهم مع ذي سهم).

قال أحمد : لا يخلو غير ذي سهم مع ذي سهم مِن أن يكون عَصَبَة، أو من ذوي الأرحام:

فإن كان عَصَبَة: فإنما يستحق فَضْلَ السهام بالتعصيب.

أو مِن ذوي الأرحام: فهو لا يرث مع مَن يستحق السهام من ذوي الأسباب، فلا معنىٰ للرد عليه وهو ممَّن لا يرث في هذه الحال.

مسألة : [لو تَرَكَ ابنَ ابنته، وبنتَ ابنةٍ أخرىٰ]

قال أبو جعفر : (وإن تَرَكَ المتوفَّىٰ ابنَ ابنته، وبنت ابنةٍ له أخرىٰ، فإن أبا يوسف قال: الميراث بينهما للذَّكَرِ مثل حظ الأُنْثَيَيْن، كانَ يورِّثُهُما في

(١) ما بين الهلالين هو من مختصر الطحاوي ص١٥١.

ذلك علىٰ أَبْدَانِهما.

وكان محمد بن الحسن يقول: الميراث بينهما نصفين).

قال أحمد: لا فرق بين أن يكونا ولدَ بنتٍ واحدة أو ابنتين عند أصحابنا، كما لا يختلف حكم العَصَبات في أن يكونا مِن أبٍ واحد، أو مِن آباء بعد أن يتساوَوْا في الدَّرَجة.

قال أحمد: وهذه المسألة لا خلاف فيها بين أبي يوسف وأبي حنيفة ومحمد، والمال بينهم للذَّكر مثل حظ الأنثيين في قول الجميع منهم[1]، وقد ذَكَرَها محمد في كتاب الفرائض بلا خلاف، وكذلك رواها محمد بن سَمَاعة عن محمد أنه قولهم جميعاً.

* وكذلك الجواب عندهم في ابنِ أختٍ لأب وأم، وبنتِ أختٍ لأب وأم: أن المال بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين، لابنِ الأخت الثلثان، ولبنت الأخت الثلث في قولهم جميعاً، ذكره محمد في كتاب الفرائض.

والأصل في ذلك أنهم [إذا][2] اتفقوا في الآباء والأجداد، واختلفوا في أبدانهم فلا خلاف بينهم فيه أنه مقسوم بينهم، للذَّكَر مثل حظ الأنثيين إلا في أولاد الإخوة والأخوات من الأم، فإن المال بينهم بالسويَّة، علىٰ أي وجهٍ كانوا، مِن ذكورٍ وإناث.

فهذه الجملة لا خلاف بينهم فيها، وإنما مسألة الخلاف بين أبي يوسف ومحمد إذا اختلفوا في الآباء والأجداد، واتَّفقوا في أبدانهم:

---

(١) ومثله في المبسوط للسرخسي ٣٠/٨.

(٢) ساقطة من الأصل.

فيَعْتَبر[١] حينئذٍ محمدٌ أقربَ البطون اختلافاً إلىٰ الميت، إلا أنه يجعل كلَّ مَن تَقَعُ عليه القسمة من البطون علىٰ عدد مَن يستحق الميراث مِن آخرهم بطناً[٢]، فإن اختلفوا في أجدادهم وآبائهم وأبدانهم: فالمال علىٰ أجدادهم، وإن اتَّفَقُوا في الأجداد والأبدان واختلفوا في آبائهم، فالمال علىٰ آبائهم.

وكذلك إن كان بطن واقع[٣]، فإنه تقسم الأموال علىٰ البطون المختلفة.

---

(١) في الأصل: (واختلفوا فيعتبر).

(٢) «وصورة ذلك فيما إذا ترك: ابنة ابنة ابنة ابنة ـ وابني ابن ابنة ـ وابنة ابن ابن ابنة ـ وابنة ابنة ابن بنت:

فعند أبي يوسف القسمة علىٰ الأبدان، فيكون المال بينهم أرباعاً بالسوية، وعند محمد: يعتبر أولاد الأجداد، فإن أول مَن وقع به الخلاف الأجداد، واثنان من أجدادهما ذكر، يعني: ابنة ابن ابن ابنة، وابنة ابنة ابن بنت، والأخريان أجدادهما أنثىٰ، فتكون القسمة للذكر مثل حظ الأنثيين علىٰ ستة، أربعة للبنتين أجدادهما ذكر، وسهمان للآخرين، ثم ما أصاب اللتين أجدادهما ذكر يقسم بينهما علىٰ الآباء أثلاثاً.

فنصيب ابنة ابن الابنة ثلثا الثلثين، والأخرىٰ ثلث الثلثين، وذلك الثلث يقسم بين الآخرين علىٰ الآباء للذكر مثل حظ الأنثيين، فنصيب ابنة ابنة الابنة ثلث الثلث، والأخرىٰ ثلثا الثلث، ثم ما يصيب كل أب فهو منقول إلىٰ ولده، فإن بين الأبدان موافقة، ولا حاجة إلىٰ قسمة أخرىٰ».اهـ، كما في المبسوط للسرخسي ٩/٣٠، وفيه تفصيل وذِكْرٌ لصور عديدة من هذا الباب، وينظر شرح السراجية للشريف الجَرجاني ص٩٨.

(٣) هكذا في الأصل؟

وهذا أيضاً قول أبي حنيفة المشهور، وقول أبي يوسف الأول، ثم رَجَعَ أبو يوسف فقال: المال علىٰ أبدانهم، اتَّفَقُوا في آبائهم أو اختلفوا.

* وكذلك قولهم في ولد الإخوة إذا اختلفوا، وكذلك ولد الخالات والعَمَّات، وهو علىٰ ما ذكرنا من قولهم فيه.

وجه قول أبي يوسف في اعتبار أبدانهم دون آبائهم: اتِّفاق الجميع علىٰ أن اعتبار ولد البنين بأبدانهم أَوْلىٰ منهم بآبائهم، ألا ترىٰ أنه لو ترك ابنَ ابن، وبنتَ ابن: كان المال بينهما، للذكر مثل حظ الأنثيين، وكذلك ولد البنات.

مسألة:

قال أبو جعفر: (وإن تَرَكَ ولدَ أختٍ لأب وأم، وولدَ أختٍ لأب، وولدَ أختٍ لأم، فإن أبا حنيفة ومحمد قالا: لولد الأخت للأب والأم النصف، ولولد الأخت من الأب السدس، ولولد الأخت من الأم السدس، وما بقي فهو ردٌّ عليهما علىٰ قَدْرِ مواريثهم، فيكون المال بينهم علىٰ خمسة.

وقال أبو يوسف: الميراث لبنتِ الأخت من الأب والأم، وتسقط مَن سواها، وهو قوله الآخر، وهذا علىٰ ما بيَّنَّا من قول محمد في اعتبار مَن يُدلي به، فَجَعَلَ لكل واحد منهم ماكان لأمه لو كانت حيَّة.

ووجه قول أبي يوسف: أنَّ الأمهات كُنَّ يأخُذْنَ بالتسمية، وهم[1] لا يأخذون بالقرب، فكان الأقرب أَوْلىٰ، وهو ابنُ الأخت من الأب والأم، كما لو كانوا بني إخوة: كان ابنُ الأخ للأب والأم أَوْلىٰ بالتعصيب، وقد

---

(١) في الأصل: (وهو).

قالوا جميعاً في ثلاث خالات[1] متفرِّقات: أنَّ المالَ للخالة من الأب والأم.

مسألة :

قال: (وإن ترك ثلاثَ بنات إخوة متفرِّقين: فلبنت الأخ من الأم السدس، وما بَقِيَ فلبنت الأخ من الأب والأم، في قول أبي حنيفة ومحمد).

وذلك لأنهم يستحقون ما كان يستحقه آباؤهم، والأخ من الأب لا يرث مع الأخ من الأب والأم.

ويرث الأخ من الأم معه السدس، وكذلك كان ما استَحَقَّه الأولاد علىٰ ذلك.

* (وفي قول أبي يوسف: الميراثُ لبنت الأخ من الأب والأم).

علىٰ ما بيَّنَّا في أولاد الأخوات.

مسألة :

قال : (وإن تَرَكَ عمَّةً وخالةً: كان للعمة الثلثان، وللخالة الثلث).

قال أحمد : كان القياس عندهم أن يكون المال للعمَّة؛ لأنهما قد تَسَاوَتَا في الدرجة، فالعمَّة من ولد العصبة، ألا ترىٰ أنه لو ترك بنتَ عمٍّ، وبنت عَمَّةٍ: أنَّ المال لبنت العم؛ لأنها من ولد العصبة، إلا أنهم تركوا

---

(١) في الأصل: (أخوات)، والتصويب من مختصر الطحاوي ص/١٥٢، وهو ما يقتضيه السياق أيضاً.

القياس، لما رُوي عن علي رضي الله عنه، وعُمَر، وعبد الله بن مسعود[١] أنَّ الثلثَيْن للعمَّة، والثلث للخالة.

ولأن قرابتهما من الميت من جهتَيْن، ألا ترىٰ أنه لو تَرَكَ أبوَيْن: كان المال بينهما أثلاثاً، كذلك العمة تُدلي بالأب، فتستحقُّ نصيبَه، والخالة تُدلي بالأم، فتستحق نصيبَها، وقد روي عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم أنه قال: «الخالة والدة»[٢].

مسألة:

قال أبو جعفر: (وإن ترك خالةً، وابنَ عمته: كان المال للخالة).

وذلك لأنها أقرب من ابن العمة بدرجة، ومواريث ذوي الأرحام مستَحَقَّة بالقُرب، كما تُستَحَقُّ بالتعصيب، فلا يرث الأبعد مع الأقرب.

* وكذلك: **(العمَّة هي أَوْلىٰ من ابنِ الخال)**، لقُربها.

مسألة:

قال: (وإن تَرَكَ ثلاثَ عَمَّاتٍ متفرِّقاتٍ: فالمال للعمَّة التي مِن قِبَل الأب والأم).

وذلك لأن لها فَضْلَ مزية الأم، كما أنَّ العَمَّ من الأب والأم أَوْلىٰ بالتعصيب من العم للأب.

---

(١) سنن الدارمي ٢/٢٦٥، ٢٧٤، سنن البيهقي ٦/٢١٧.

(٢) صحيح البخاري ٥/٣٠٤ بلفظ: «الخالة بمنزلة الأم» ضمن حديث صلح الحديبية، قال الحافظ ابن حجر في الفتح ٧/٥٠٦: «وفي حديث علي، ومرسل الباقر: الخالة والدة» اهـ.

وقد روي عن علي رضي الله عنه نحو ذلك[1] في ثلاثِ خالاتٍ متفرِّقات.

مسألة :

قال : (**وإن تَرَكَ خالاً وخالة** متساويَيْن في القرابة منه: كان المال بينهما للذَّكَرِ مثل حظ الأنثيين).

قال أحمد : وهذا لا خلاف بينهم فيه، وهو صحيح علىٰ الأصل الذي قدَّمْنا من اتِّفاق أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد أنهم متىٰ اتفقوا في الآباء والأجداد، واختلفوا في أنفسهم: كان المال بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين.

وفي مسألتنا قد اتفقوا فيمَنْ يُدلون به إلىٰ الميت، وهي الأم، فكان المال بينهما، للذكر مثل حظ الأنثيين.

[مسألة :]

ولو تَرَكَ ابنَ خالةٍ، وبنتَ خالٍ: كانت المسألة علىٰ الخلاف؛ لأنهم قد اختلفوا بآبائهم، فيكون لابنِ الخالة الثلث، ولبنتِ الخال الثلثان، في قول محمد.

وفي قول أبي يوسف: المالُ بينهما علىٰ أبدانِهما، للذكر مثل حظ الأنثيين.

وجه قول محمد في اعتباره أقربَ البطون اختلافاً إلىٰ الميت: أنهم يُدلون إلىٰ الميت بمَن قَرُب منه، وليسوا عصبةً، ولا ذوي سهام، فوَجَبَ اعتبار مَن يُدلون بقُرْبِه من الميت دون أبدانهم، إذ ليس هم بأبدانهم

---

(١) لم أهتد إلىٰ تخريجه.

يستحقون الميراث، لا مِن جهة التعصيب، ولا السهام.

مسألة :

قال أبو جعفر : (ومَنْ تَرَكَ جَدَّه أبا أمه، وبنتَ أخيه لأمه : فإن أبا حنيفة كان يقول: المالُ للجد أبي الأم، وقال أبو يوسف ومحمد: هو لبنتِ الأخ للأم، لأنها من ولد الأم).

قال أحمد : وكذلك رُوي عن أبي حنيفة في بنتِ أختٍ لأب وأم، أو لأب، وجَدٍّ: أنَّ المال للجدِّ أبي الأم.

وروىٰ الحسنُ بن زياد عن أبي حنيفة في ابنِ بنتٍ، وجَدٍّ لأبي الأم: أنَّ المال لابن البنت، وروىٰ أبو سليمان[1] عن محمد عن أبي حنيفة: أن المال للجد[2].

فأما وجه قوله: إنَّ الجَدَّ أبا الأم أَوْلىٰ من أولاد الأخوات، فهو أن الجَدَّ له ولاد، وليس لهؤلاء وِلاد، فهو أَوْلىٰ، وهو سديدٌ علىٰ أصله، في أنَّ الجَدَّ أَبا الأب أَوْلىٰ بالميراث من الإخوة والأخوات، لِمَا اختص به من الولاية دونهم.

كذلك يجب هذا الاعتبار في الجد أبي الأم مع أولاد الأخوات.

---

(١) موسىٰ بن سليمان الجوزجاني، أخذ الفقه عن الإمام محمد، وروىٰ كتبه، عرض عليه المأمون القضاء فلم يقبل، توفي رحمه الله بعد المائتين، له ترجمة في الفوائد البهية ص٢١٦، تاج التراجم ص٧٤.

(٢) وقد صحح رواية الحسن بن زياد، وقدَّمها علىٰ رواية أبي سليمان: الزيلعيُّ في تبيين الحقائق ٦/٢٤٣، وقال ابن عابدين في حاشيته ٦/٧٩٢: وعليه الفتوىٰ، ونقل عن العلامة قاسم أنه صح رجوع أبي حنيفة عنه.

وأما وجه قوله في أنَّ ولد البنات أَوْلىٰ من الجد أبي الأم في رواية الحسن بن زياد: فهو أن ولدَه أقربُ إليه من أبيه، كذلك وَلَدُ ولده أقرب من جَدِّه.

ألا ترىٰ أنَّ ابنَ الابن وإن سَفَل، فهو أَوْلىٰ بالتعصيب من الجَدِّ أبي الأب.

وأما وجه رواية محمد في أنَّ الجد أَوْلىٰ: [لأنه أقرب][1].

ووجه قول أبي يوسف ومحمد في أنَّ ولد الإخوة أَوْلىٰ من الجد أبي الأم: فهو أنه من ولد الأم، والجَدُّ أبو الأم من ولد الجد، وكلهم يُدلي بالأم، فولدها أقرب.

* * * * *

(١) في الأصل ترك بياض بقدر كلمتين بعد كلمة: (أولىٰ)، وكتب في الحاشية كذا، وقد عللته متمماً للعبارة، بما ذكره الموصلي في الاختيار ٥/١٠٥.

باب الميراث بالمَوَالاة[1]

قال أبو جعفر: (وإذا وَالىٰ الرجلُ الرجلَ، ثم مات الموالِي ولم يترك وارثاً مِن عصبةٍ، ولا ذوي أرحام: فالمال للذي والاه).

والأصل فيه قولُ الله تعالىٰ: ﴿ وَٱلَّذِينَ عاقَدَت[2] أَيْمَٰنُكُمْ فَـَٔاتُوهُمْ نَصِيبَهُمْ ﴾[3].

نزلت في إيجاب المواريث بالحِلْف والمعاقَدة، دون الأنساب، إلىٰ أن نزل قوله تعالىٰ: ﴿ وَأُوْلُواْ ٱلْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ ﴾[4]، فجعل ذوي الأرحام أَوْلَىٰ من الحَلِيف المعاقَد.

فإذا لم يكن ذوو رَحِم: استحقَّ الحليفُ الميراثَ، كما أن الابن أَوْلىٰ من ابن الابن، لا أنَّ ميراثَ ابن الابن ساقط، فإذا عُدِمَ الابن: ورث ابنُ

---

(١) مولىٰ الموالاة: هو الرجل يسلم علىٰ يد الرجل، ويواليه ويعاقده علىٰ أن يرثه إذا مات، ويعقل عنه إذا جنىٰ، كما في تبيين الحقائق ٢/١٧٨، وهناك شروط في هذه الموالاة بسطها ابن عابدين رحمه الله في حاشيته ٦/١٢٥.

(٢) هكذا في الأصل: (عاقدت) بالألف، وهي قراءة غير عاصم وحمزة والكسائي، ينظر حجة القراءات لابن زنجلة ص٢٠١، وأما قراءة حفص: (عقدت).

(٣) النساء: ٣٣.

(٤) الأنفال: ٧٥.

الابن، كذلك ما وصفنا[١].

وأيضاً: روىٰ تميم الداري «عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم في الرجل يُسْلِم علىٰ يد الرجل: أنه أَوْلَىٰ الناس بمَحْيَاه ومماته»[٢].

وظاهره يقتضي أنه أَوْلىٰ بميراثه بعد موته، كما قال الله تعالىٰ: ﴿وَأُوْلُواْ ٱلْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَٰبِ ٱللَّهِ﴾[٣]، وعَنَىٰ به الميراث، إلا أن الكلَّ متَّفِقون[٤] علىٰ أنه إذا لم يواله: لم يستحقَّ الميراث، فخصصناه بالاتفاق، وبقي حكم اللفظ في إيجاب الميراث في حال الموالاة والمعاقَدة.

وأيضاً: فإن مَن لا وارث له يجوز عندنا أن يوصيَ بجميع ماله.

---

(١) فلا يعتبر هذا من النسخ، وقد بيَّن المؤلف رحمه الله هذه المسألة بتوسع في كتابه أحكام القرآن ٢/٧٥-٧٨، ٢/١٨٥.

(٢) سنن أبي داود ٣/٣٣٣ وسكت عنه، سنن الترمذي ٤/٤٢٧ قال: وهو عندي ليس بمتصل، سنن ابن ماجه ٢/٩١٩، المستدرك ٢/٢١٩، وذكره البخاري تعليقاً في صحيحه ١٢/٤٥ قال: ويذكر عن تميم الداري رفعه، قال: هو أَوْلىٰ الناس بمحياه ومماته، واختلفوا في صحة هذا الخبر. اهـ.

وقد قال الحافظ ابن حجر في الفتح ١٢/٤٧: «وصحح هذا الحديث أبو زرعة الدمشقي وقال: هو حديث حسن المخرج متصل».اهـ

وقال ابن القيم في تهذيب سنن أبي داود ٤/١٨٦: «لا ينحط عن أدنىٰ درجات الحسن»، وينظر مسند عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه للإمام الباغندي ص/١٥٨-١٦٢ بتحقيق الشيخ محمد عوامة، فقد أفاض في تخريج هذا الحديث وبيان حكمه.

(٣) الأنفال: ٧٥.

(٤) مراتب الإجماع ص١٠٨.

وقال عبد الله بن مسعود: «يا معشر هَمْدَان: ما قبيلة العرب أَوْلىٰ بأن يموت الرجل منهم، ولا وارث له غيرُكم، فإذا كان كذلك فليضَعْ أحدُكُم مالَه حيث شاء»[1].

وإذا كان ذلك مِن أصلنا، جاز له أن يوالِيَ غيرَه، فيجعل له ماله بعد الموت، كما جاز أن يوصيَ له به.

وكذلك قالوا: إن له أن يرجع بولايةٍ إلىٰ غيره، ما لم يعقِل عنه، كما يرجع في الوصية، فإذا عَقَلَ عنه، فقد تعلَّق بالموالاة حُكْمٌ لا يمكنه فسخه، فلا سبيل بعد ذلك إلىٰ إبطاله.

وعلىٰ هذا قال أصحابُنا فيمن أقرَّ بأخٍ، ولا وارث له: أنَّ نَسَبَه لا يثبت، ويستحق ميراثه بعد الموت[2].

* * * * *

(١) الآثار لأبي يوسف ص١٧٢ (٧٨٥)، مصنف ابن أبي شيبة ١١/١٩٧، المحلىٰ لابن حزم ٩/٣١٧.

(٢) كما سيأتي تفصيله إن شاء الله في كلام الشارح.

باب ما يجوز مِن الدَّعوىٰ[1] للرجل والمرأة فيَحْجُب مَن سِوَاه مِن عَصَبَة

قال أبو جعفر: (ولا يجوز دِعوة[2] الرجل إلا في أربعة: أن يقول هذا ابني، أو: هذا أبي، أو: هذا مولاي الذي أَعْتَقَني، أو: هذه زوجتي بعد أن يكون في دِعوة البُنُوَّة [أو الأبوة][3] موهوماً[4] ما قاله فيهما).

قال أحمد: الأصل في ذلك أن إقرار الرجل مقبولٌ علىٰ نفسه، غير جائزٍ علىٰ غيره، وإقرار الرجل بالبُنُوَّة والأبوَّة إنما هو علىٰ نفسه، لا يتعلَّق ثبوته عليه بغيره، فجاز حكم ما يجوز إقراره كسائر الحقوق من الأموال وغيرها، وكذلك إقراره بالوَلاء والتزويج.

فإن قال قائل: عقد النكاح لا يصح به وحده، فينبغي أن لا يُصدَّق عليه إلا بشاهدَيْن.

---

(١) أي ادعاء نسب لأحد من الناس، «والدِّعوة بالكسر في النسب، والدعوىٰ بالفتح مثل ذلك»، كما في مختار الصحاح، والمصباح المنير (دعا).

(٢) ينظر الحاشية السابقة.

(٣) ساقطة من الأصل، وأثبتها من المختصر ص١٥٣.

(٤) أي محتملاً قوله لذلك غير مستحيل، كمن ادعىٰ ولداً وكان هذا الولد أكبر منه سناً، فلا يُصدق، والله أعلم.

قيل له: لو صح هذا الاعتبار، لما صح الإقرار بالبيع وسائر العقود؛ لأنها لا تصح بإيجاب أحدهما إلا بقَبُول الآخر، ونحن لا نعلم أنه كان هناك عقد متقدم فيه إيجاب وقبول، فلو جاز إقرارهما: يكون عقد فيه إيجاب وقبول في أمة زعما أنهما عَقَدَا فيها بيعاً، أو هبة فيما بينهما.

كذلك يجوز إقرارهما بعقد نكاحٍ صحيح؛ لأن أمور المسلمين محمولة علىٰ الصحة، ولا يجوز حملُها علىٰ الفساد إلا أن يُعلم.

وأيضاً: فلما كانا مالكَيْن للمعقود عليه وللعقد، وَجَبَ أن يكون إقرارهما فيه جائزاً، كما جاز إقرار الإنسان بسائر العقود، إذ كان مالكاً له في الحال.

* ودليل آخر لجواز دَعوىٰ المقِرِّ علىٰ الوجه الذي نجيزها عليه: وهو أنه لا سبيل إلىٰ معرفة ثبوت النسب من الرجل إلا من جهته، فصار قوله فيه كالبيِّنة، كالحيض لمَّا لم يكن لنا سبيل إلىٰ معرفته إلا من جهة المرأة، صار قولُها فيه كالبيِّنة، وقد بيَّنَّا ذلك فيما تقدم.

والمرأة مصدَّقَة في جميع ذلك إلا في دَعوىٰ الولد، فإنها لا تُصدَّق إلا بشهادة المرأة، تشهد علىٰ الولادة.

وفارَقَت الرجلَ من وجهين: أحدهما: أنه قد يمكننا الوصول إلىٰ صحة دعواها من جهة غيرها، وهي القابلَة التي تحضُر الولادة، وكُلِّفَت البيِّنة فيها علىٰ حسب الإمكان، ولا يكلَّف الرجال؛ لأنهم لا يحضرون ذلك الموضع.

والوجه الآخر: أنها حاملة للنسب علىٰ غيرها، ألا ترىٰ أنا إذا ثَبَّتْنَا النسب منها بقولها، ولها زوج، وَجَبَ إثباته من الزوج، فكان فيه حَمْلُ النسب علىٰ الغير.

وهذا هو معنىٰ «قول عمر بن الخطاب فيما كَتَبَ به إلىٰ أمرائه: أن لا يُوَرَّث الحَمِيل[1] إلا ببيِّنَة»[2].

وليس هذا المعنىٰ موجوداً في الرجل؛ لأنه ليس في إثبات النسب للولد منه حَمْلٌ للنسب علىٰ غيره، ألا ترىٰ أنا إذا أثبتناه منه، وله امرأة: لم يثبت من امرأته إلا أن تُصَدِّقه؛ لأن الرجل قد يكون له امرأتان، وثلاث، وأربع، ويستفرِشُ بمِلك اليمين، وليس في إثبات النسب منه حكمٌ بيِّن بإثباته مِن امرأةٍ بعينها، وفي إثبات النسب من المرأة: إلزام الولدِ زوجَها؛ لأنها لا تكون فراشاً إلا لواحد.

فإن قيل: فقد ثبت النسب منها، ولا يلحق بغيرها، بأن تلِده من زنىٰ، ولا زوج لها.

قيل له: قد يكون ذلك، ولكنه لا يجوز لنا حَمْل أمرها علىٰ الزنىٰ؛ لأن أمور المسلمين محمولة علىٰ الصحة والجواز، حتىٰ يتبيَّن غيرهما.

* * * * *

---

(١) في الأصل: (الحمل)، والتصويب من سنن الدارمي ٢/٢٧٩، «والحميل: هو الذي يُحمل من بلاده صغيراً إلىٰ بلاد الإسلام، وقيل: هو المحمول النسب، وذلك أن يقول الرجل لإنسان: هذا أخي أو ابني ليزويَ ميراثه عن مواليه، فلا يصدق إلا ببينة»، كما في النهاية لابن الأثير ١/٤٤٢.

(٢) سنن الدارمي ٢/٢٧٩، الآثار لمحمد بن الحسن ص١٥٥.

باب إقرار بعض الورثة بوارثٍ مجهول

مسألة: [إقرار أحد الابنَيْن الوارثَيْن بزوجةٍ لأبيهما]

قال أبو جعفر: (وإذا تُوُفِّي الرجل وتَرَكَ ابنَيْن، فأقرَّ أحدُهما بزوجةٍ لأبيه، وكذَّبه الآخر فيها: فإنها تقاسمه علىٰ ما في يده علىٰ تسعة أسهم، لها منها سهمان، وله سبعة أسهم).

وإنما شاركَتْه في الميراث وإن لم تثبت الزوجية بقوله، مِن قِبَل أنه اعترف بشيئَيْن: أحدُهما: زوجيةٌ كانت، والآخر: أن لها بعض ما في يده، فلا يُصدَّق علىٰ الزوجية، ويُصدَّق علىٰ ما في يده؛ لأنه مالُه أَقرَّ به لغيره.

وليست صحة وجوب الشركة في المال متعلقة بثبوت الزوجية، فصُدِّقَ فيما يملكه، ولم يُصَدَّق فيما لا يملكه.

والدليل علىٰ صحة ذلك: اتفاق الجميع علىٰ أنه لو أَقَرَّ بأن امرأتَه أخته، وليس لها نسب معروف: لم يثبت النسب، ويثبت التحريم.

وكذلك لو اشترىٰ عبداً، ثم أَقَرَّ أنَّ البيِّع كان أَعْتَقَه: أُعْتِق العبد، ولم يرجع علىٰ البيِّع بالثمن، فصُدِّق علىٰ نفسه فيما يملكه، ولم يُصَدَّق فيما لا يملكه من الرجوع بالثمن، كذلك ما وصفناه.

ولو أقرَّ رجل أنه باع نصيبَه من داره من فلان، وأنكر المشتري وحَلَف: أخذ الشفيع نصيبَ المقِر بالشفعة وإن لم يثبت البيع.

وكذلك لو أقرَّ أحدُ الوارثَيْن بدَيْن علىٰ الميت: جاز إقراره علىٰ نفسه، ولم يجز علىٰ أخيه.

وقد قال مخالفنا في العبد المحجور عليه: إذا أقرَّ بسرقة عشرة دراهم في يده: أنه يُقْطَع، ويَدفع الدراهمَ إلىٰ المولىٰ، فصدَّقه علىٰ نفسه في القطع، ولم يُصدِّقْه علىٰ المولىٰ فيما في يده، وهذا أبعد مما ذكرنا في جواز الإقرار بالمال؛ لأن القطع لا محالة متعلق بسرقة المال.

فإن قيل: فلو أقرَّ أنَّ له عليه عشرة دراهم من ثمن هذا الثوب الذي في يده، لم يستَحِقَّها إلا بتسليم الثوب إليه.

قيل له: ليس هذا مما قلنا في شيء، وذلك لأن إقراره تَضَمَّن ثبوت المال عليه بدلاً من الثوب، ولا يستحق الثمن إلا بسلامة المبيع له، فكان ذلك في مضمون إقراره، فلذلك لم يلزمه إلا بعد سلامة المبيع له.

وليس النسب الذي اعترف به عوضاً من المال الذي يأخذه، وكان بالتحريم الواقع من جهة الأخوة، أشبه منه بالإقرار بثمن الثوب، فلذلك ثبت وإن لم يثبت النسب أو الزوجية.

* وأما وجه قوله: فإنه يقاسِمُها ما في يده علىٰ تسعة: فمِن قِبَل أنه زعم أنَّ لها الثمن، واحدٌ من ثمانية، ويبقىٰ سبعةٌ بين الابْنَيْن لا يصح، فاضرِبْ أصلَ المال وهو ثمانية في سهمين: تصيرُ ستةَ عشر، لها سهمان، ولكلِّ ابنٍ سبعة.

فالجاحِدُ غاصبٌ فيما تضمنه إقراره من نصيبها، فصار الباقي بعد نصيب الأخ بينهما علىٰ ما استحقاه في الأصل، ولا يكون هو أَوْلىٰ بدخول ضرر جحود الجاحد عليها من الابن المُقِرِّ، وضَرَبَتْ فيما في يد

المُقِرِّ بنصيبها من الجملة، وهو سهمان، وضَرَبَ فيه المقِرُّ بنصيبه، وهو سبعة، فكان ما في يده بينهما علىٰ تسعة.

مسألة : [إقرار أحد الابنَيْن الوارثَيْن بأخٍ من أبيه]

قال أبو جعفر : (وإن لم يقر بزوجة، ولكنه أَقَرَّ بأخٍ له من أبيه، وكَذَّبَه الآخر فيه: قاسَمَ المُقَرُّ له المُقِرَّ بما صار إليه من الميراث نصفَيْن).

وذلك لأنه زَعَمَ أنه شريكه في المال علىٰ المساواة، فلا يستحق هو شيئاً إلا وله مثله، وإن الجاحد غاصب لما جَحَد، فصار كمَال بين رجلَيْن، غَصَبَ رجلٌ منه بعضَه، فيكون الباقي بينهما علىٰ حسب ما كان لهما فيه.

[مسألة] :

قال أحمد : وقال أصحابنا: لو لم يقرَّ أحدُ الابنين بأخٍ، ولكنه أَقَرَّ بأن الميت أوصىٰ لهذا الرجل بثلث ماله، وصدَّقَه الموصَىٰ له، وكذَّبه الأخ: أنَّ الموصَىٰ له يأخذ من المُقِر ثلثَ ما في يده.

وسوَّىٰ ابنُ أبي ليلىٰ[1] بين الإقرار بالوصية، وبأخٍ، فقال فيهما جميعاً: يأخذ المُقَرُّ له ثلثَ ما في يدي المُقِرّ.

وجهة الفرق بينهما علىٰ مذهب أصحابنا: أنَّ المُقِرَّ بالأخ قد تضمَّن إقرارُه إيجاب الشركة بينه وبين المُقَرِّ له في جميع المال، وإيجاب المساواة بينهما فيما يستحقانه، فلا يحصل في يده منه شيءٌ إلا والآخر مساوٍ له فيه، فلذلك أَخَذَ منه نصفَ ما في يده.

---

(١) نقل هذا عن ابن أبي ليلىٰ أيضاً ابنُ قدامة في المغني ١٤٧/٧.

والمُقِرُّ بالوصية لا يتضمَّنُ إقرارُه إيجابَ المساواة بينهما وإن كان الموصَىٰ له بالثلث في هذه الحال لو صَحَّت وصيتُه: استحقَّ ثلثَ المال، واستحق المُقِرُّ الثلثَ، من قِبَل أنَّ الوصية مقصورة علىٰ الثلث، لا في جميع المال، ولا حق للموصَىٰ له في الثلثين.

ألا ترىٰ أنه لو أوصىٰ لرجلَيْن، لكلِّ واحدٍ منهما بالثلث علىٰ حِدَة: أنهما يقتسمان الثلث بينهما نصفَيْن، ولم يكن لهما حق في الثلثين، وليس كذلك الوارث؛ لأنَّ حقَّه ثابت في جميع المال.

ألا ترىٰ أنهم لو كانوا جماعةً بَنِيْن: تساوَوْا جميعاً في المال، ولم يفضَّل واحدٌ منهما علىٰ صاحبه.

وأنه لو أوصَىٰ لجماعةٍ، لكلِّ واحدٍ منهم بالثلث: كان الثلث مقسوماً بينهم، والثلثان للورثة لا يشارك أحدٌ من الموصَىٰ لهم سائرَ الورثة فيما يأخذونه.

فقد تبيَّن أنَّ الإقرار بالوصية لم يقتضِ إيجاب المساواة بينه وبين الموصَىٰ له، ولا إثبات الشركة بينهما في جميع ما يأخذه المُقِرُّ.

وإذا كان هذا هكذا، قلنا: إن المُقِرَّ بالوصية أَقَرَّ له بثلث المال، نصفُه وهو السدس في يده، ونصفَه في يد أخيه، فيأخذ منه السدس الذي تضمَّنَه إقراره، ولا يأخذ منه أكثر منه؛ لأنه يقول له: لا حقَّ لك في أكثر من الثلث، وذلك الثلث الذي أقررتُ لكَ به نصفه في يدي، فأسلِّمُه إليك، والنصف الذي في يدي أخي موقوفٌ علىٰ تصديقه.

وأما المُقِرُّ للأخ، فإنه زَعَمَ أنه شريكه، ومساوٍ له في جميع المال، فلا يستحق أحدُهم شيئاً إلا وللآخر مثله، فلذلك كان الأمر فيه علىٰ ما وصفنا.

مسألة :

قال أحمد : وقالوا في أحد الابْنَيْن إذا أقرَّ بدَيْن علىٰ الميت، وكذَّبه أخوه: أنه يأخذ جميعَ دينه مما حصل في يده، كأنَّ الميت لو ترك مائتي درهم، فأخذ كلُّ واحدٍ من الابْنَيْن مائةَ درهم، ثم أقرَّ أحدُهما بمائة درهم علىٰ الميت، وكذَّبه الأخ: أنَّ المُقَرَّ له يأخذ جميعَ المائة التي صارت للمُقِرِّ.

والدَّيْن مفارق للوصية والميراث، وذلك لقول الله تعالىٰ: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍ﴾[1]، فأوجب الميراثَ بعد الدَّيْن، فلا يجوز أن يستحق شيئاً من الميراث وهناك دَيْن؛ لأنه حينئذٍ يكون قد استحق الميراث مع الدَّيْن، والله تعالىٰ إنما أوجبه بعد الدَّيْن.

فإن قيل: قوله: ﴿أَوۡ دَيۡنٍ﴾: لفظ مذكور يتضمَّنُ استحقاقَ جواز الميراث بعد قضاءِ جزءٍ من الدَّيْن الذي علىٰ الميت، ولا يصح لك الاحتجاج بالظاهر مع قضاء جزء من الدَّيْن.

قيل له: قد تضمنت الآية المنعَ من استحقاق الميراث مع بقاء الدَّيْن؛ لأن قوله: ﴿مِنۢ بَعۡدِ﴾: يقتضي الترتيب، ومادام هناك دَيْن باق، فهو ممنوع من استحقاق المال مع بقائه.

وقضاءُ جزءٍ من الدَّيْن غير مُخرجٍ مخالِفَنا من مخالفة حكم الآية، إذ كانت الآية متضمنة لمنع الميراث مع بقاء شيء من الدَّيْن، قليلاً كان أو كثيراً.

---

(١) النساء: ١١.

ووجه آخر: هو أنَّ الابنَ الجاحد بمنزلة الغاصب في حق الغريم علىٰ ما تضمنه إقرار المُقِرِّ، ولو أنَّ غاصباً غَصَبَ بعض مال الميت: كان الباقي مصروفاً في دَيْنه، دون ورثته، كذلك المُقِرُّ يزعم أنَّ الأخ الجاحد غاصب في حق الغريم، وأنَّ حق الغريم ثابت في جميع ما أخذه، فلذلك سلَّمَ إليه جميعَ دَيْنه من نصيبه.

وليس كالإقرار بأخٍ آخر، أو وصيةٍ بالثلث؛ لأن ذلك يقتضي الشركة بينهما، أما الأخ ففي جميع المال، وأما الموصَىٰ له ففي الثلث، والغريم لا يثبت بينه وبين الوارث شركةٌ بحال، فلذلك اختلفا.

مسألة:

قال أبو جعفر: (وإذا أَقَرَّ بأخوَيْن لأبيه، فصدَّقَه أخوه في أحدِهما، وكذَّبَه في الآخر، فإن أبا يوسف قال: يأخذ المُصَدَّقُ به مِن المُقِرِّ بهما رُبُعَ ما في يده، فيضمُّه إلىٰ ما في يد الذي أقرَّ به خاصة، فيقسمان ذلك نصفين، ويَرجِع المكَذَّبُ به إلىٰ الذي أقرَّ به خاصة، فيقاسِمُه ما في يده نصفين.

قال: هذا قياس قول أبي حنيفة.

وقال محمد: يأخذ المصَدَّقُ به من يد المُقِرِّ بهما خُمُسَ ما في يده، فيضمُّه إلىٰ ما في يد المُقِرِّ به خاصة، فيقاسمه إياه نصفين، ويرجعُ المُكَذَّبُ به علىٰ المُقِرِّ به وبالآخر، فيقاسمه ما في يده نصفين.

قال: وقد روىٰ الحسن بن زياد هذا القول عن أبي حنيفة، وهو الصحيح علىٰ مذاهبهم، وهذا الجواب إذا كان المقَرُّ بهما متكاذِبَيْن[1]).

---

(١) أي كل واحد منهما يدفع صاحبه، كما في مختصر الطحاوي ص١٤٥.

وجه قول أبي يوسف: أنَّ في يد كلٍّ واحدٍ من الاثنَيْن نصف المال، فاعترف المقِرُّ بهما جميعاً أنَّ كلَّ جزء من المال حُكْمُه أن يكون بينهم علىٰ أربعة، لكل واحدٍ منهم[1] الربع، فقد اعترف للمتَّفَقِ عليه بربُعِ ما في يده، وربُعِ ما في يد أخيه، وقد صَدّقَه فيه، فأخذ الرُّبع الباقي له في يده، ويضمُّه إلىٰ ما في يد المصدَّق به خاصة، فيكون بينهما نصفين، لاتفاقهما جميعاً أنَّ كل شيء يحصل لأحدهما، فهما متساويان فيه.

وقال محمد: يأخذ المتَّفَقُ عليه خُمُسَ ما في يد المُقِرِّ بهما، وذلك لأنه أقرَّ لكلٍّ واحدٍ بسهمَيْن من ثمانية، فزعم أنَّ للمتَّفَقِ عليه سهمَيْن: أحدهما في يدي، والآخر في يد أخي، وقد صدَّقَني أخي فيه، فتسقُط عني مخاصمته، فيضرِب ما في يدي بسهم، وأَضْرِبُ أنا لنفسي بسهمَيْن، وللذي أقررتُ به وحدي سهمَيْن، فيكون ما في يدي بيننا علىٰ خمسة، فيأخذ خُمُسَ ما في يدي، والباقي بيننا نصفَيْن.

مسألة: [حكم المسألة السابقة إذا كانا متصادقين]

قال أبو جعفر: (وإن كان المُقَرُّ بهما متصادِقَين فيما بينهما، فإن محمداً قال: يأخذ المكَذَّبُ به من الذي أقرَّ به خاصة ثلثَ ما في يده، فيضمُّه إلىٰ ما في يد الآخر، ثم يقاسمه والمُقِرُّ به الآخر بالسوية، قال: ولم يحك محمد في ذلك خلافاً).

وذلك لأنه أقرَّ له بسهمَيْن، فلما صدَّقه الآخر: سَقَطَ مِن إقراره له نصفُ ما أقرَّ به له، وبقي من إقراره له سهم، ولنفسه سهمان، فلذلك قال: يأخذ مِن ثلث ما في يده.

---

(١) في الأصل: (منهما).

مسألة : [إقرار الورثة بابنٍ للميت غيرِ معروف]

قال أبو جعفر : (ومَن توفِّي، وتَرَكَ ابنَيْن معروفَيْن، أو ورثة سواهم معروفِين، فأقرُّوا بابنٍ للهالك غيرِ معروف: قُضِيَ بنَسَبه من الهالك، وحصل ابنُه.

قال : وإن كان الهالك لم يترك إلا وارثاً واحداً، فأقرَّ بابنٍ للهالك، فإن أبا حنيفة ومحمداً قالا: يدخل في الميراث، ولا يثبت نسبه من الهالك، وهذا القول هو المشهور من قول أبي يوسف.

قال : وروىٰ أصحاب الإملاء عن أبي يوسف أنه قال: إذا كان وارث واحد، لا يُعرَف للهالك وارثٌ غيره، وأقرَّ بابنٍ للهالك، قُضِيَ بنسبه من الهالك، وجُعِلَ إقرارُ هذا المقِرِّ، كإقرار ورثةٍ لو كانوا للهالك جميعاً).

قال أحمد : كان أبو الحسن رحمه الله يقول: إن من قولهم جميعاً: أنه لو وَقَعَ التجاحد من الورثة: لم يُقْبَل في إثبات نسبٍ من الميت إلا بشهادة رجلَيْن، أو رجلٍ وامرأتَيْن من الورثة، أو مِن غيرهم.

وإذا لم يقع التجاحد، وأقرُّوا جميعاً بالنسب: ثَبَتَ النسب منه وإن كان واحداً، بعد أن لا يكون هناك وارثٌ غيره فكذَّبَه، علىٰ ما روىٰ أبو جعفر عن أبي يوسف، وكان يجعل ما رُوي عن أبي يوسف قولَهم جميعاً.

وما روىٰ محمد في اعتبار رجلَيْن، أو رجلٍ وامرأتين قولهم جميعاً أيضاً إذا تجاحدوا، فإذا لم يتجاحدوا: فلا اعتبار بذلك.

وكان يحتج لذلك: أنَّ الورثة خصم علىٰ الميت يقومون مقامه في حقوقه، فيصير إقرار الورثة جميعاً كإقراره، إذ ليس هناك آخر يتعلق عليه حق.

فإن قيل: فلمَ صدَّقْتَ الوارث علىٰ الميت في إثبات منه؟

قيل له: الميت لا يثبت له، ولا عليه حق، وإنما يتعلق بالميت من الحقوق ما كان حقاً للحي، فإذا لم يكن فيه حق للحي: فلا اعتبار لحقِّ الميت فيه؛ لأن الميت قد انقطعت حقوقه من الدنيا، فلذلك صُدِّق الوارث إذا لم يكن حي يتعلق عليه الحق بجَحْدِه.

* * * * *

كتاب الخُنْثَى

مسألة: [ميراث الخُنْثَىٰ[1]]

قال أبو جعفر: (قال أبو حنيفة: إذا هَلَكَ الرجل عن ولدٍ خُنْثَىٰ، وعن ابنٍ غير خنثىٰ: أُعطِيَ للخنثىٰ علىٰ أنه بنتٌ حتىٰ يُعلَم غير ذلك.

وقال أبو يوسف: المالُ بينهما علىٰ سَبْعةٍ، للابنِ المعروف: منها أربعة، وللخنثىٰ ثلاثة، وقال محمد: للخنثىٰ خمسة من اثنَيْ عشر، وللابن سبعة).

وجه قول أبي حنيفة: أن نصيب البنت مُتَيَقَّن به، والزيادة عليها مشكوكٌ فيها، ولا يَستحِقُّه إلا بيقين؛ لأنه لا يجوز توريثه بالشك.

وأما أبو يوسف: فإنه ضَرَبَ للابن بنصيب ابنٍ كامل، وهو أربعة، وللخُنْثَىٰ بثلاثةِ أرباع نصيبِ ابنٍ، وذلك لأنه ضَرَبَ لها بنصفِ ميراث ابنٍ، سَهْمَيْن من أربعة، وبنصيبِ ميراث بنتٍ، سهماً واحداً، فصار جميع ما يُضْرَب لها ثلاثة، وضَرَبَ للابن بأربعة.

وأما محمد: فإنه جَعَلَ الخنثىٰ مستَحِقّاً لستةٍ من اثنَيْ عشر في حال،

---

(١) «الخُنْثىٰ: الذي له ما للرجال والنساء، والجمع: خَنَاثىٰ بالفتح، كحُبْلىٰ وحَبَالىٰ»، كما في المغرب للمطرزي ١/٢٧٢، «ويَلحق به مَن عري عن الآلتين جميعاً»، كما في تبيين الحقائق ٦/٢١٤.

ويستَحِقُّ في حال أربعة[1]؛ لأنه إن كان ذكراً: فله ستة، ولأخيه ستة، وإن كان أنثىٰ: فله أربعة، ولأخيه ثمانية، فله في حالٍ أربعة، وله في حالٍ ستة، فذلك عشرة له في حالَيْن، له نصفُ ذلك، خمسةٌ من اثنَيْ عشر، والابن يستَحِقُّ في حالٍ ثمانية، وفي حالٍ ستة، فذلك أربعة عشر في حالَيْن، له نصفها سبعة.

وقد ذُكِرَ عن أبي يوسف رجوعٌ إلىٰ هذا القول.

وإن شئتَ قلتَ: إن أربعةً متيَقَّنَة للخنثىٰ، وما بينها وبين الستة مشكوك فيه، وهو سَهْمَان، فثَبَتَ نصفه، فيحصل له خمسة من اثنَيْ عشر، والابن قد تَيَقَّنَّا له ستة، وما بينها وبين الثمانية مشكوك فيه، وهو سهمان، فثبت نصفه ويبطل نصفه.

وإنما جعل أبو حنيفة ما فَضَل عن ميراث البنت للابن، ولم يقِفْه: لأن ميراثه متَيَقَّن أنه نصيب ابن، والمزاحمة بينه وبين الخنثىٰ في النقصان لا نعلمه، فلا يحطُّه عنه، ولا يقِفِه؛ لأن وقوفه معلومٌ بطلانه، إذ ليس فيه حق لأحد.

مسألة: [معرفة حال الخنثىٰ ذكورة أو أنوثة]

قال أبو جعفر: (وقال أبو حنيفة: إن بال الخنثىٰ من حيث يبول الرجل: كان رجلاً، وإن بالَ من حيث تبول المرأة: فهو امرأة، وإن بال منهما جميعاً: فمِن أَيِّهما سَبَقَ البولُ، فالحكم له، ويرث به، وإن بال منهما جميعاً معاً، فإن أبا يوسف قال: لا عِلْمَ لي به).

قال أحمد: قد روي عن أبي يوسف: أنه مِن أكثرِهما بولاً يُورَّث،

(١) في الأصل: (في حال يستحق وقال أربعة).

وذَكَرَ محمد في كتاب الخنثىٰ هذا القول عن أبي يوسف، ثم قال بعد ذلك: فإن بال منهما جميعاً: لا عِلْمَ لي بهذا، وهو قول محمد، ولم يذكر أكثرَهما بولاً.

وعن أبي حنيفة: أنه إذا بال منهما: فهو مُشْكِل.

وروىٰ أبو يوسف عنه فيما حكاه بِشْر بن الوليد[1]، أنه يعتبر أيهما سَبَقَ.

وذكر محمد في كتاب الدَّعوىٰ: أنه إذا بال منهما جميعاً: قضيتُ به لأوَّلِهما نَزَلَ منه، ولم يَذْكَر فيه خلافاً، ثم قال: فإن بال منهما جميعاً معاً، لا يَسْبِقُ واحدٌ منهما صاحبَه: قُضِيَ به للأكثر في قول أبي يوسف ومحمد، وفي قول أبي حنيفة: لا حُكْمَ للأكثر، فجَعَلَه مشكلاً مع كثرة أحد البَوْلَيْن.

* فأما اعتبار المَبَال: فإن الأصل فيه ما رُوي عن علي رضي الله عنه، وابنِ عباس، وجماعة من السلف[2] أنَّ الخنثىٰ يُوَرَّث مِن حيث يَبُول.

وروىٰ أبو يوسف عن الكَلْبِي عن أبي صالح عن ابن عباس عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم «أنه سُئِلَ عن مولودٍ وُلِدَ في قوم، وله ما للمرأة، وما للرجل، كيف يُوَرَّث؟

---

(١) بشر بن الوليد بن خالد الكندي، القاضي أحد أصحاب أبي يوسف، روىٰ عنه كتبه وأماليه، كان ثقة، متعبداً، واسع الفقه، توفي رحمه الله سنة/ ٢٣٨هـ، له ترجمة في الفوائد البهية ص/٥٤-٥٥.

(٢) مصنف عبد الرزاق ٣٠٨/١٠، مصنف ابن أبي شيبة ٣٤٩/١١، سنن البيهقي ٢٦١/٦.

قال: قال رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم: مِن حيث يَبُول»[1].

ولأن ظهور البول منه يدلُّ علىٰ أنه هو المَجْرَىٰ الأصلي، فاعتُبِرَ دون غيره.

وإذا سَبَقَ مِن أحدهما: فالاعتبار بالسابق؛ لأن سَبْقَه يدل أيضاً علىٰ أنه المَجْرىٰ في أصل البُنْيَة، وأن رجوعه إلىٰ الموضع الآخر انصرافٌ عن المجرىٰ لعلَّة، أو سببٍ عارض.

وأما أبو حنيفة: فلم يَعْرِفْ حكمَه[2] إذا بال منهما معاً، ولم يعتبر كَثْرَةَ البول؛ لأنه قد يَقِلُّ ويكْثُر، لأجل ضِيْقِ المَخْرَج وسَعَتِه، فلا دلالة فيه علىٰ حالة في الذكورة والأنوثة.

فصل: [زوال إشكال الخنثىٰ ببلوغه]

قال أبو جعفر: (وقالوا جميعاً[3] إذا بَلَغَ باحتلامٍ، أو حيضٍ، أو شيءٍ مما يدل علىٰ واحدٍ منهما: صار من أهل الدليل الذي وقف منه عليه، وانقطع عنه الإشكال).

وذلك لأن هذه مِن العلامات التي يَخْتَصُّ بها أحدُ الصنفين من الذكور والإناث، ولا يصح اجتماعهما فيهما، فمَن وُجِدَت فيه: حُكِمَ

---

(١) قال البيهقي في سننه ٦/٢٦١: إسناده ضعيف، وبعد أن رواه من طريق أبي يوسف قال: محمد بن السائب الكلبي لا يحتج به. اهـ ولكن مما يقوي الحديث أن العمل جار عليه، فقد قال ابن المنذر: «أجمع كل مَن نحفظ عنه من أهل العلم علىٰ أن الخنثىٰ يورَّث من حيث يبول»، كما في المغني لابن قدامة ٧/١١٤.

(٢) أي جعله مشكلاً.

(٣) أي الإمام وصاحباه رحمهم الله.

له بما تقتضيه.

والذي ذَكَرَه أبو جعفر من الاحتلام، إنما هو فيمَن يحتلم كما يَحْتَلِمُ الرجل، فيُحْكَم له بحكمه، أو كما تَحْتَلِمُ المرأةُ، فيُحكَم لها بحكمها، [حيث][1] إن المرأة قد تحتلم.

قال: (وقال محمد بن الحسن: الإشكال فيمَن لم يَبْلُغ، فإذا كان البلوغ: ذهب الإشكال).

وذلك لأنه لا يخلو بعد الظهور مِن إحدىٰ العلامات المبيِّنة لأمره، مِن ظهور لِحْيَةٍ، أو جِمَاعٍ كجِمَاعِ الرَّجُل، أو احتلامٍ كاحتلام الرجل أو المرأة، أو حيضٍ، أو خروج ثَدْيَيْن كثديَي المرأة.

مسألة: [خِتَان الخنثىٰ]

(فإن احتاج إلىٰ الختان، فإن كان له مالٌ اشتُرِيَتْ له جاريةٌ خَتَّانَة، فتَخْتِنه، وإن لم يكن له مال، اشترىٰ له الإمام مِن بيت مال المسلمين خَتَّانة، فتَخْتِنه، فإذا خَتَنَتْه، باعها، ورَدَّ ثمَنَها في بيت مال المسلمين.

قال: ولم يحكِ محمدٌ خلافاً بينه وبين أبي يوسف).

ووجه ذلك: أنه إن كان ذَكَراً: لم يَجُزْ للمرأة أن تختِنَه، وإن كان أنثىٰ: لم يكن للرجل أن يختِنَها، فاحتاط بأن تختِنَه مِلْكُ يمينه علىٰ الوجه الذي قال، لئلا يوقِع به محظوراً.

قال أبو جعفر: (وسمعتُ ابنَ أبي عمران يقول: القياس عندنا في الخنثىٰ إذا احتاجَ إلىٰ الختان: أن يزوِّجه الإمام امرأةً، فتَخْتِنه، فإن كان

---

(١) بياض في الأصل بقدر كلمة، وكتب في الحاشية (كذا).

ذكراً، كانت زوجته وختَنَتْه، وإن كان أنثىٰ: كان مباحاً لها ذلك).

قال أحمد: ما حكاه أبو جعفر عن أصحابنا هو أصح مِن ذلك؛ لأنَّا إذا زوَّجْنَاه، كان عقدُ النكاح مشكوكاً فيه، فإن صحَّ صارت المرأة معلَّقة، لا يمكنها الخلاص منه، ولا يُتَيَقَّن وجوب المهر بالعقد، ولا وجوب الميراث إن مات، وهو مشكِل لا يُدرىٰ هل نُلزمه بعِتْقها أم لا؟

وإذا اشترىٰ له جاريةً، فإذا خَتَنَتْه بِعْنَاها، وبقي ثمنُها في مِلكه، وإن كانت اشتُرِيَتْ من بيت المال، بِعْنَاها أيضاً، ورددْنا الثمنَ في بيت المال، فيكون قد قُمْنا بما يجب من سُنَّة الختان من غير إضرار بأحد.

مسألة: [موقِفُ الخنثىٰ في صلاة الجماعة]

قال أبو جعفر: (وموقِفه في الصلاة بين صفوف الرجال، وصفوف النساء، ولا يقف مع واحدٍ منهما).

وذلك لأنه إن كان رجلاً: لم يجز له القيام في صف النساء، وإن كانت امرأةً: لم يجز له القيام في صف الرجال، فوَجَبَ أن يقف بينهما.

* * * * *

كتاب الوَصَايَا

مسألة : [الوصية للوارث]

قال أبو جعفر : (ولا وصيَّة لوارث، إلا أن يجيزها الورثة بعد موت الوصي، وهم أصحَّاء بالغون).

قال أحمد : قد روي[1] أنَّ الوصية كانت واجبة للوالدين والأقربين قبل نزول آية المواريث، بقول الله تعالىٰ: ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ ٱلْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا ٱلْوَصِيَّةُ لِلْوَٰلِدَيْنِ وَٱلْأَقْرَبِينَ ﴾[2]، ثم نُسِخَ وُجوبها بآية المواريث، وهي قوله تعالىٰ: ﴿إِنِ ٱمْرُؤٌا۟ هَلَكَ لَيْسَ لَهُۥ وَلَدٌ وَلَهُۥٓ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ ۚ وَهُوَ يَرِثُهَآ إِن لَّمْ يَكُن لَّهَا وَلَدٌ﴾ إلىٰ قوله: ﴿وَإِن كَانُوٓا۟ إِخْوَةً رِّجَالًا وَنِسَآءً فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنثَيَيْنِ ﴾[3].

فأوجب قسمة جميع ما ترك الميت بينهم بالميراث، فسَقَطَ به فرضُ الوصية والميراث في مالٍ واحد.

---

(١) أحكام القرآن للجصاص ١/١٦٥، نواسخ القرآن لابن الجوزي ص١٥٨، تفسير ابن كثير ١/٢١١.

(٢) البقرة: ١٨٠.

(٣) النساء: ١٧٦.

* ومن الناس مَنْ يقول: إنها ثابتة للوالدين والأقربين من غير أهل الميراث، نحو أن يكونا كافرَيْن أو عبدَيْن.

وآية المواريث التي ذكرناها تقضي ببطلان هذا القول من الوجه الذي ذكرنا.

* وأما جواز الوصية، فالأصل فيه: قولُ الله تعالىٰ في ذِكْر المواريث: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصَىٰ بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍ﴾[١]، فأجاز الوصية، وجَعَلَ الميراثَ بعدها.

وروىٰ ابنُ عمر عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم أنه قال: «ما حقُّ امرءٍ مسلمٍ يبيتُ ليلتَيْن، وله مالٌ يوصي فيه، إلا ووصيتُه مكتوبةٌ عنده»[٢].

وقال في قصة سعد حين أراد أن يوصيَ بجميع المال، قال: «الثُّلُثُ والثُّلُثُ كَثِيرٌ»[٣]، وهو اتِّفاقٌ من الأمة[٤].

* فأما وجه بطلان الوصية للوارث: فما رواه ابن عباس، وعَمْرو بن خارجة، وأبو أُمَامة وغيرُهم عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم أنه قال: «لا وصيَّة لوارث، إلا أن يجيزها الورثة»[٥]. في لفظ حديث ابن عباس، وعَمْرو بن خَارجة.

---

(١) النساء: ١٢.

(٢) صحيح البخاري ٥/٣٥٥، صحيح مسلم ٣/١٢٤٩.

(٣) تقدم.

(٤) المغني ٦/٤١٤.

(٥) تقدم.

مسألة :

قال أبو جعفر : (ولا وصيَّةَ لحربي وإن أجازَ ذلك له الورثة).

قال أحمد : وهذا إنما هو في الحربي إذا كان في دار الحرب؛ لأن اختلاف الدارَيْن يقطع العِصْمَة، ويَمنعُ إثبات الحقوق فيما بين الفريقَيْن، أعني: أهل دار الحرب، ودار الإسلام.

والدليل علىٰ ذلك: أنا إنما نملِك علىٰ أهل الحرب أموالَهم بالغَلَبَة والحِيَازة، وكذلك هم يملِكُون علينا بالغَلَبَة وحيازة الأموال في دارهم، فلو جاز أن يثبت لنا حقٌّ في دارهم، أو يثبُتَ لهم حقٌّ في دارنا، لمَنَعَ ثبوتُ ذلك من وقوع المِلك بالغَلَبة والقهر.

ألا ترىٰ أنهم إنما مَلَكَوا علينا حين حازوه في دارهم، لانقطاع حقوقنا عن تلك الأموال، وكذلك نحن مَلَكْنا عليهم لهذه العلة.

* وأما الحربي المُسْتأمَن: فإنه تجوز له الوصية؛ لأنه في دارنا محقونُ الدم بالأمان، كما تجوز هِبَتُنا له، ومبايَعَتُنا إياه.

مسألة :

قال : (ولا وصية لقاتِل من المقتول).

وذلك لأنه حين مُنِعَ الميراث لأجل قَتْله إياه، تعظيماً لجُرْمِه، وهو القتل، وكان معلوماً أنَّ الميراث آكدُ من الوصية، فالوصية أحرىٰ أن تكون ممنوعة.

والدليل علىٰ أنَّ جهة الميراث آكد من جهة الوصية: أنَّ الميراث يدخل في مِلك الوارث بغير قَبُول، والوصية لا تصح إلا بقَبول.

وقد حدثنا عبد الباقي بن قانع قال: حدثنا الحسين بن علي المَعْمَري

قال: حدثنا محمد بن مُصْعَب قال: حدثنا بَقِيَّة عن مُبَشِّر بن عُبَيْد عن الحجاج عن عاصم عن زيد عن علي عن رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم أنه قال: «ليس لقاتلٍ وصية»[1].

[مسألة :]

وقال أبو جعفر: (فإن أجازها الورثة: جازَت في قول أبي حنيفة ومحمد، كما لو أجازوا الوصيةَ للوارث جازت.

وقال أبو يوسف: لا تجوز لقاتل وصية وإن أجازها الورثة).

وذلك لأن جَعْلَ حرمان ميراثه ووصيته عقوبةٌ له علىٰ قَتْله، لا لأجل حق الورثة، فلا تأثير لإجازة الورثة فيها.

---

(١) سنن الدارقطني ٤/٢٣٧ وقال: مبشر بن عبيد: متروك الحديث، يضع الحديث، سنن البيهقي ٦/٢٨١ وقال: تفرد به مبشر بن عبيد الحمصي، وهو منسوب إلىٰ وضع الحديث، وإنما ذكرت هذا الحديث لتعرف روايته.اهـ، قال الحافظ ابن حجر في التلخيص الحبير ٣/٩٢: «إسناده ضعيف جداً، قاله عبد الحق، وابن الجوزي... مداره علىٰ مبشر بن عبيد، وقد اتهموه بوضع الحديث.اهـ

وفي مجمع الزوائد ٤/٢١٤ قال: «رواه الطبراني في الأوسط، وفيه بقية، وهو مدلس».اهـ.

قال العلامة الشيخ ظفر أحمد العثماني في إعلاء السنن ١٨/٣٠٩ بعد أن ذكر كلام الهيثمي: «والظاهر سلامة الطريق من مبشر بن عبيد، وإلا لصاح به الهيثمي أولاً، فإنه أضعف من بقية بدرجات، ولم ينقم علىٰ بقية إلا التدليس، وأيضاً بقية قد صرح بالتحديث عن مبشر بن عبيد عند البيهقي وغيره، وبذلك تزول علة التدليس، فالظاهر أنه روىٰ ذلك عن غير مبشر أيضاً، ولم يصرح بالتحديث عنه، فليس المدار علىٰ مبشر وحده، بل للحديث طريق غير طريقه. اهـ.

وأما الوارث فإنما مُنِعَ الوصية؛ لأنه قد استحق الميراث، فلا يجوز تفضيله علىٰ سائر الورثة علىٰ ما سمي له من الميراث، لدخول النقص والضرر عليهم ممَّن قد شاركهم في ميراثهم، فإن أجازَتْها الورثة: جازت؛ لأن ذلك كان حقاً لهم، فَرَضُوا بإسقاطه.

مسألة : [الوصية بأكثر من الثلث]

قال أبو جعفر : (ومَن أوصىٰ بأكثر مِن ثُلُثِه، فأجاز ذلك له ورثتُه في حال حياته: كان لهم أن يرجِعُوا عن ذلك بعد وفاته).

وذلك لأنهم أجازوا ما ليس بحقٍّ لهم في الحال، ولا يملِكُونه، فلا تعمل إجازتهم، كمَن سَلَّمَ الشفعة قبل عقد البيع، ومَن أبطل الخِيار قَبل البيع، وأبرأ مِن العيب قبل العَقد، وبمنزلة الأَمَة إذا اختارَتْ زوجَها قبل العِتق، فلا يصح شيءٌ من ذلك، كذلك ما وصفنا.

مسألة : [الأفضل لمن كان له مال قليل عدم الإيصاء]

قال : (والأفضل لمَن كان له مال قليل، وله ورثة أن لا يوصيَ فيه بشيء، وأن يُبْقِيَه ميراثاً للورثة).

وذلك لما حدثنا محمد بن بكر قال: حدثنا أبو داود قال: حدثنا عثمان بن أبي شيبة وابن أبي خَلَف قالا: حدثنا سفيان عن الزهري عن عامر بن سعد عن أبيه قال:

مَرِضَ[1] مرضاً شديداً ـ قال ابن أبي خلف: بمكة، ثم [اتفقا][2] ـ

(١) أي مرض أبوه سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه.

(٢) بياض في الأصل، وأثبت ما هو في سنن أبي داود ٣/٢٨٤، والمعنىٰ: أي اتفق ابن أبي خلف وعثمان بن أبي شيبة راويا الحديث أن ذلك كان بمكة.

أَشْفَىٰ[١] منه، فعَادَه رسولُ الله صلىٰ الله عليه وسلم، فقال: يا رسول الله! إنَّ لي مالاً كثيراً، وليس يرثني إلا ابنة لي، أفأتَصَدَّقُ بالثُلُثَيْن؟

قال: لا. قال: الثلثُ، والثلث كثير، إنك إن تَتْرُكْ ورثَتَكَ أغنياء، خيرٌ مِن أن تدَعَهُم عالَةً يتكَفَّفُونَ[٢] الناس، وإنك لن تُنفق نفقةً إلا أُجِرْتَ فيها، حتىٰ اللُّقْمَةَ ترفعها إلىٰ فَمِ امرأتك.

قلت: يا رسول الله! أتخلَّفُ عن هِجرتي[٣]؟ قال: أَنْ تُخَلَّف بعدي، وتعمل عملاً تريد به وجهَ الله، لا تزداد به إلا رِفْعَةً ودرجةً، لعلك أن تُخلَّف حتىٰ ينتفعَ بك أقوام، ويُضَرَّ بك آخرون.

قال: اللهم أَمضِ لأصحابي هجرتَهم، ولا تردَّهم علىٰ أعقابهم، لكن البائس سعدُ بن خولة[٤]، يَرْثِي له رسولُ الله صلىٰ الله عليه وسلم

---

(١) أي قارب وأشرف علىٰ الهلاك، كما في النهاية ٢/٤٨٩، معالم السنن للخطابي ٤/١٤٥.

(٢) أي يمدون أكفهم إليهم يسألونهم اهـ. كما في النهاية ٤/١٩٠.

(٣) «عَنَىٰ به أنه يموت بمكة، وهي داره التي هاجر منها إلىٰ المدينة، وقد كان النبي صلىٰ الله عليه وسلم نهىٰ المهاجرين أن يقيموا بعد النفر أكثر من ثلاث – وكان ذلك في حجة الوداع – فأخبره النبي صلىٰ الله عليه وسلم أنه يتخلف بعده حتىٰ ينفع الله به أقواماً، ويضر به آخرين، وكذلك كان، فإنه بقي بعده صلىٰ الله عليه وسلم، وفتح الله علىٰ يده بلاد العجم، وأزال به ملك الأكاسرة، وذلك من علوم الغيب الذي لا يعلمه غير الله تعالىٰ». اهـ من كلام الجصاص في أحكام القرآن ٢/٩٧.

(٤) حيث مات سعد بن خولة في مكة، وهو من المهاجرين، فتمنَّىٰ رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم ألا يموت سعد بن أبي وقاص، كما مات ابن خولة. ينظر معالم السنن ٤/١٤٨.

أَنْ ماتَ بمكة»[١].

فدلَّ هذا الخبر من وجهَيْن علىٰ ما قلنا:

أحدهما: قوله: «الثلث، والثلثُ كثير».

وروىٰ أبو عبد الرحمن السُّلَمِي عن سعد عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم نحو هذه القصة في أمر الوصية وقال: «الثلث، والثلث كثير»، قال أبو عبد الرحمن: فمِن ثَمَّ كانوا يستحبُّون أن يَدَعُوا من الثلث[٢].

والثاني: قوله: «إن تَتْرك ورثتَك أغنياء خيرٌ من أن تَدَعَهم عالَةً يتكففون الناس.

ويدل عليه أيضاً: ما روي عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم: «إنما الصدقة عن ظَهْرِ غِنَىٰ، وابْدَأ بمَن تَعُول»[٣].

فإذا كان أهلُه محتاجين: فالبَدْءُ بهم بإيصال المال إليهم أفضل مِن الصدقة به علىٰ الأجانب.

ويدل عليه أيضاً: حديث عبد الله بن عَمْرو عن النبي صلىٰ الله عليه

---

(١) هذه رواية أبي داود في سننه ٣/٢٨٤، وقد تقدم، وأنه مخرج في الصحيحين.

(٢) ذكر هذه الرواية المصنف أيضاً في أحكام القرآن ٢/٩٧، والرواية هي في سنن النسائي ٦/٢٤٣ من كتاب الوصية، ولكن ليس فيها قول أبي عبد الرحمن السلمي نفسه.

(٣) هذا لفظ الإمام أحمد في المسند ٢/٥٠١، وأخرجه البخاري في صحيحه ٣/٢٩٤ بلفظ: «خير الصدقة ما كان عن ظهر غنىٰ، وابدأ بمن تعول».

وسلم قال: «كَفَىٰ بالمَرْءِ إثماً أن يُضيِّعَ مَن يَقُوت[١]»[٢].

مسألة: [استحباب الوصية لمن كان له مال كثير]

قال أبو جعفر: (والأفضل لمَن كان له مال كثير الوصية بما لا يتجاوَزُ الثلث، مما لا معصية فيه).

وذلك لقول النبي صلىٰ الله عليه وسلم في حديث ابن عمر: «ما حقُّ امرءٍ مسلمٍ يبيتُ ليلتَيْن، وله ما يوصي فيه، إلا ووصيته مكتوبة عنده»[٣].

فحَمَلْنَا ذلك علىٰ الغِنىٰ وكثرة المال؛ لأن حديث سعدٍ قد دلَّ علىٰ أنَّ الأفضل تَرْكُ الوصية إذا لم يكن الورثة أغنياء.

ويدل عليه أيضاً: حديث أبي هريرة عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم: «إنَّ اللهَ جَعَلَ لكم ثلثَ أموالكم في آخِرِ أعماركم، زيادةً في أعمالكم»[٤].

وحدثنا عبد الباقي بن قانع قال: حدثنا أبو عبد الله عُبَيْد الله بن حاتم[٥]

---

(١) «يريد مَن يلزمه قوته، والمعنىٰ: كأنه قال للمتصدق: لا تتصدق بما لا فضل فيه عن قوت أهلك، تطلب به الأجر، فينقلب ذلك إثماً إذا أنت ضيَّعتهم» اهـ، من كلام الخطابي في معالم السنن ٢/٢٦١.

(٢) سنن أبي داود ٢/٣٢١ وسكت عنه، وعزاه المنذري في المختصر ٢/٢٦١ للنسائي ولعله في الكبرىٰ، وأخرج مسلم في صحيحه ٢/٦٩٢ بلفظ: «كفىٰ بالمرء إثماً أن يحبس عمَّن يملك قوتَه».

(٣) تقدم.

(٤) تقدم.

(٥) في الأصل: (عبيد بن حاكم)، وقد جاء في المطبوع من أحكام القرآن ٢/٩٧ الحديث نفسه بالسند نفسه، وفيه (عبيد الله بن حاتم).

العِجْلي قال: حدثني عبد الأعلىٰ بن واصل قال: حدثنا إسماعيل بن صَبِيْح قال: حدثنا مبارك بن حسَّان قال: حدثنا نافع عن ابن عمر عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم أنه قال:

«يا ابنَ آدم! اثنتَان ليست لك واحدة منهما : جعلتُ لكَ نصيباً مِن مالِك حين أَخَذْتُ بكَظَمِك[1]، لأُطهِّرَك وأُزكِّيَك، وصلاةُ عبادي عليك بعد انقضاء أَجلِك»[2].

فهذه الأخبار تدلُّ علىٰ استحباب الوصية لمَن كان ذا مالٍ كثير.

مسألة : [إجازة بعض الورثة للوصية بأكثر مِن الثلث]

قال: (ومَن أوصىٰ بأكثر مِن ثلثه لأجنبي، فأجاز ذلك بعضُ ورثته بعد موته، ولم يُجزِ بقيتُهم: جاز له من ذلك الثلث مِن مال الموصِي، وكان له مِن نصيب مَن أجاز له ما كان يرجع إليه لو لم يُجِزْ له، ولم يَجُزْ له ما سوىٰ ذلك).

وذلك لأنه يستحق الثلث بغير إجازة، وما زاد عليه فهو موصَىٰ به، ومِن كلٍّ واحدٍ من الورثة بقسطه، وإجازته نافذة في نصيبه، غير جائزة في نصيب الآخرين.

مسألة : [موت الموصَىٰ له قبل الموصِي]

قال : (وإذا أوصىٰ لرجلٍ، ثم ماتَ الموصَىٰ له قبل الموصِي:

---

(١) الكَظَم محركة: الحلق أو الفم أو مخرج النفس، كما في القاموس المحيط (كظم)، والمراد: ما جعل الله للإنسان من الوصية النافذة بعد الممات.

(٢) سنن ابن ماجه ٢/٩٠٤، قال البوصيري في الزوائد: في إسناده مقال.

بَطَلَت وصيته).

لأن صحة الوصية متعلِّقة بموت الموصِي، ألا ترىٰ أنَّ الموصِي له أن يرجعَ في وصيته[١]، ويتصرَّف فيما أوصَىٰ به بسائر وجوه التصرُّف، فلما كان كذلك، وكان الموصَىٰ له ميتاً قبل موت الموصِي، لم تصح له وصيته.

[مسألة: موت الموصَىٰ له بعد الموصي قبل أن يقبَل الوصية]

قال: (وإن ماتَ بعد موت الموصِي، قبلَ أن يَقْبَل الوصية: كانت له الوصية).

وذلك لأن الوصية قد تمَّتْ مِن جهة الموصِي، وانقَطَعَ حقُّه عن ماله، وبقيَ موقوفاً علىٰ الموصَىٰ له، فأشبه المشتري إذا اشترىٰ علىٰ أنه بالخيار، وعليه قلنا: إن حق البيِّع لما انقطع، بقيَ موقوفاً علىٰ المشتري[٢]، وكان موتُ المشتري مسقِطاً لخياره، ومتمِّماً للشراء، كذلك الموصَىٰ له، لمَّا كانت الوصية موقوفة عليه مع انقطاع حق سائر الناس عنه، وَجَبَ أن يكون موتُه متمِّماً للوصية.

مسألة: [جهالة قَدْر الوصية]

قال: (ومَن أوصَىٰ لرجلٍ بحظٍّ مِن ماله، أو بشيءٍ مِن ماله: أعطاه الورثةُ ما شاؤوا).

---

(١) في الأصل: (ألا ترىٰ أن الموصي الميت له أن يرجع غنياً ويتصرف فيما أوصىٰ به...).

(٢) أي بقي البيع موقوفاً علىٰ المشتري، لأن له الخيار، والله أعلم.

وذلك لأن هذا الاسم لا يختص بمقدارٍ معلوم، بل يقع علىٰ القليل والكثير، وهو شيء مستَحَقٌّ من مالِ الورثة، فكان الخيار إليهم في أن يعطوه ما شاؤوا، كرجلٍ أقرَّ لرجلٍ بشيء، فيكون القول قولَه[1] في مقداره، وذلك لأنَّا لا نتيَقَّن أنه مستَحِقٌّ لأكثر مما بيَّنَه المُقِر.

والأصل في جميع ذلك، أنا لا نُلزم المُقِرَّ إلا ما تيقَّنَّا دخولَه في إقراره، ولا يثبت من الوصية إلا ما تيقَّنَّا ثبوتَه؛ لأن الأصل أنه غير ثابت، حتىٰ نعلم ثبوته.

مسألة: [أَوصَىٰ لرجلٍ بسهمٍ مِن ماله]

قال أبو جعفر: (ولو أوصىٰ لرجلٍ بسهمٍ من ماله: فله مثلُ أقلِّ نصيبِ أحدِ الورثة، إلا أن يزيد علىٰ السُّدُس، فلا يكون له أكثر من السدس في قول أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف ومحمد: له مثل أخسِّ سهام الورثة في هذه الوجوه كلِّها، ما لم يجاوزها الثلث، فيجوز منه الثلث، ولم يجز ما زاد).

قال أحمد: اسم السَّهْم يتناول نصيبَ كلِّ واحدٍ من الورثة؛ لأنك تقول: لفلان سَهْمٌ مِن كذا، وكذا سهماً، فإذا كان كذلك، أُعطيَ مثلَ نصيب أحدِهم، ولم يجاوِزْ به أبو حنيفة السُّدس، لما حدثنا عبد الباقي بن قانع قال: حدثنا موسىٰ بن سهل بن عبد الحميد بالبَصْرة قال: حدثنا سُهَيل بن إبراهيم الجَارُودِي قال: حدثنا أبو بَكر الحنفي قال: حدثنا العَرْزَمي عن أبي قيس عن هُزَيْل بن شُرَحْبِيل عن عبد الله بن مسعود «أنَّ رجلاً جَعَلَ

---

(١) كلمة: (قوله): ساقطة من الأصل.

لرجل علىٰ عهد رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم سهماً من ماله، ولم يَدْرِ ما هو، فرفع إلىٰ رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم، فجَعَلَ له السدس من ماله»[١].

وروي نحو ذلك عن عبد الله بن مسعود مِن قوله[٢]، وروي عن إياس ابن معاوية[٣] أنَّ السهمَ في كلام العرب السدس.

وأيضاً: فلو كان اسم السهم يقع علىٰ أكثر من السدس، وعلىٰ السدس، كان النَّظَرُ يوجِبُ الثاني[٤]؛ لأنه متَيَقَّن، وما عداه مشكوكٌ فيه، فلا نثبته بالشك.

* وفي قولِهما: مثل نصيب أخسِّ الورثة؛ لأنه يسمىٰ سهماً، إلا أن يزيد علىٰ الثلث، فلا يُعطىٰ أكثر منه؛ لأن الوصية لا تجوز بأكثر من الثلث.

---

(١) «أخرجه البزار في مسنده، والطبراني في معجمه الأوسط عن محمد بن عبيد الله العرزمي عن أبي قيس... وقال: حديث لا نعلمه يروىٰ عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم إلا من هذا الوجه، وأبو قيس: ليس بالقوي... ،وذكره عبد الحق في أحكامه من جهة البزار وقال: العرزمي: متروك».اهـ كما في نصب الراية ٤/٤٠٧.

(٢) مصنف ابن أبي شيبة ١١/١٧١.

(٣) قاضي البصرة، العلامة، كان يُضرب به المثل في الذكاء والدهاء والسؤدد والعقل، ثقة من التابعين، توفي رحمه الله سنة ١٢٢هـ، له ترجمة في سير النبلاء ٥/١٥٥، تقريب التهذيب ص١١٧ (٥٩٢)، وينظر لقوله مصنف ابن أبي شيبة ١١/١٧٢.

(٤) في الأصل: (الأول).

مسألة : [لو أوصىٰ بمِثْل نصيب ابنه]

قال أبو جعفر : (ومَن أوصىٰ لرجلٍ بمِثلِ نصيب ابنه، وليس له وارثٌ غير ابنٍ، فهذه وصية بنصف المال، فإن أجاز الورثةُ: أَخَذَ، وإلا: فله الثلث).

وذلك لأن مِثل النصيب ينبغي أن يكون مساوياً للنصيب، فيأخذ نصيباً، ويزيد عليه مِثْله[1]، فيكون هو الوصية، وذلك نصف المال.

وليس هذا كوصيةٍ بنصيب الابن: فلا يجوز؛ لأن نصيب الابن هو ميراثُه ومِلكُه، فلا تجوز الوصية به.

مسألة : [لو أوصَىٰ بنصيب ابنٍ، ولا ابنَ له]

(ولو أوصىٰ له بنصيبِ ابنٍ، ولا ابنَ له: كان له بحق الوصية مثل الذي كان يكون للابن لو كان له، مِن تركته).

وذلك لأن معنىٰ ذلك: نصيب ابنٍ لو كان، فليس ذلك وصية بالميراث، وكذلك لو أوصىٰ بنصيب ابنٍ لو كان.

مسألة : [لو أوصىٰ لرجل بربُعِ ماله، ولآخرَ بنصفه]

قال : (ومَن أوصَىٰ لرجلٍ بربُعِ ماله، ولآخرَ بنصفه، وأجازَتِ الورثةُ: أَخَذَا وصيَّتَهُما).

وذلك لأن المال يتَّسعُ لهما، وقد أجازَتْه الورثة، لأن الوصيَّتَيْن صحيحتان، وإنما لم يكن تنفيذُهما إلا من الثلث لحقِّ الورثة، فإذا أجازَتْها الورثةُ: نَفَذَت.

---

(١) أي يبقىٰ بعد النصيب: المثل، وهو الوصية، وهو نصف المال، والله أعلم.

* (وإن لم يجيزوا: كان الثلثُ بينهما علىٰ سَبْعةٍ في قول أبي حنيفة؛ لأن الموصَىٰ له بالنصف يَضْرب بالثلث، أربعةً مِن اثنَيْ عشر، والموصَىٰ له بالرُّبُع، يَضرِب بثلاثة من اثْنَيْ عشر).

وإنما لم يضرِب صاحبُ النصف بما زاد علىٰ الثلث، من قِبَل أنَّ ما زاد عليه فهو نصيب الوارث، ولا تجوز الوصية بمال الوارث، ولا يضرِب الموصَىٰ له بما لا تصح الوصية.

وقد بيَّنَّا هذه المسألة ونظراءَها، في غير هذا الموضع من الكتاب.

* (وفي قول أبي يوسف ومحمد: يضربُ كلٌّ واحد بجميعِ وصيته في الثلث، فيكون الثلث بينهما علىٰ علىٰ ثلاثة»[1]، وجَعَلاَه كالقول في الفرائض[2].

وفرَّق أبو حنيفة بينهما، من قِبَل أنَّ سِهَامَهم صحيحة قد استحقوها، فيضاربون بها.

وأما الوصية بأكثر من الثلث، فليست بصحيحة؛ لأنه حق الوارث، فلذلك لم يضرب.

مسألة: [الوصية بما جاوَزَ الثلث]

قال أبو جعفر: (ولا يَضرب في قول أبي حنيفة أحدٌ ممَّن أُوصِيَ له

---

(١) لصاحب النصف اثنان، ولصاحب الربع منه سهم، ينظر المختصر ص١٥٨.

(٢) أي كل واحد منهما يأخذ حصته علىٰ قدر سهامه التي أوصي له بها، كما يأخذ سهامه في الفرائض كاملة، أما أبو حنيفة رحمه الله فقد أسقط لمن أوصي له بالنصف ما زاد من نصيبه علىٰ الثلث، والله أعلم.

بشيءٍ ما[١] جاوز الثلث منه، إلا بالدراهم المرسَلة[٢]، وبقيمة نفسه إن كان معتَقاً في المرض، أو موصىً بعتقه[٣]، وبمُحَاباةٍ[٤] في البيع).

---

(١) في المختصر ص١٥٨: (بما).

(٢) «المال المرسَل يعني المطلق، غير المقيد بصفة الثلث أو الربع»، كما في المغرب ٣٢٩/١، وذلك «كأن يوصي لزيد بعشرين، ولعمرو بأربعين، وهما ثلثا ماله، فالثلث بينهما أثلاثاً، لزيد عشرة، ولعمرو عشرون»، كما في اللباب للميداني ١٧٤/٤.

(٣) وصورة ذلك: «أن يوصيَ بعتق عبدين، قيمة أحدهما ألف، وقيمة الآخر ألفان، ولا مال له غيرهما، إن أجازت الورثة: عَتَقا جميعاً، وإن لم يجيزوا: فإنهما يعتقان من الثلث، وثلث ماله ألف، يكون بينهما علىٰ قدر وصيتهما أثلاثاً، فالثلث للذي قيمته ألف، ويسعىٰ في الباقي، والثلثان للآخر، ويسعىٰ في الباقي، وهو ألف وثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث.

ولو كان كسائر الوصايا، وجب أن يسعىٰ الذي قيمته ألف في خمسمائة: نصفِ قيمته، والذي قيمته ألفان، في ألف وخمسمائة: ثلاثةِ أرباع قيمته، لأن القياس أن لا يضرب بما زاد علىٰ الثلث، وهو ألف، فيكون بينهما نصفان». اهـ من الجوهرة النيرة ٣٩٦/٢، وقد أطلت في هذا النقل والذي يليه، لبيان المراد.

(٤) حاباه، محاباة، سامحه، مأخوذة من حَبوته: إذا أعطيته، كما في المصباح المنير (حبا).

«وصورة المحاباة: إذا كان له عبدان، قيمة أحدهما ألف ومائة، وقيمة الآخر ستمائة، وأوصىٰ أن يباع أحدهما بمائة لفلان، والآخر بمائة لفلان، فهنا قد حصلت المحاباة لأحدهما بألف، وللآخر بخمسمائة، وذلك كله وصية، لأنه في حالة المرض، فإن خرج ذلك من الثلث جاز، وإن لم يخرج بأن لم يكن له مال غير هذين العبدين، ولم يجز الورثة، فإن محاباتهما تجوز بمقدار الثلث، ويكون الثلث بينهما =

قال أحمد: ذَكَرَ أبو جعفر الدراهمَ المرسَلة، والمالُ المرسَل كله بمنزلة الدراهم، مثلَ عشرة أثواب، وأربعين شاة، ونحو ذلك.

وفرَّق بين هذه الوصايا، وبين الوصية بجميع المال، وذلك لأن ما زاد علىٰ الثلث إلىٰ النصف، أو الجميع، فهو نصيب الوارث، فلا تصح له المضاربة بها، وأما الوصية بالمال المرسل، فليست وصية بمال الوارث.

ألا ترىٰ أنَّ ذلك قد يجوز أن يخرج من الثلث[1]، فلا يكون للوارث فيه حق، وكذلك يَضْرِب برقبته في العِتق في المرض، وفي الوصية بالعتق؛ لأن حق الوارث ساقط عن الرقبة عن العتق، وصار إنما يضرب بقيمتها، والقيمة بمنزلة الدراهم المرسَلة، فيضرِبُ بها.

وكذلك المحاباة في البيع؛ لأنه وصية بالثمن، لأن الورثة لا حقَّ لهم في أعيان التَّرِكَة، إلا أنه لو تَرَكَ عبداً واحداً، وأوصىٰ ببيعه مِن فلان بمثل قيمته، جازت الوصية بالبيع وإن لم يكن للورثة أن يمنعوا منه، فلمَّا لم يكن لهم في عين الرقبة الموصَىٰ ببيعها حق، وكانت وصية صاحب المحاباة إنما هي بالثمن، صار بمنزلة الوصية بالدراهم المرسَلة.

* (وفي قول أبي يوسف ومحمد: يضرب أصحاب الوصايا بوصاياهم

أثلاثاً، علىٰ قدر وصيتهما، أحدهما يضرب فيه بألف، والآخر بخمسمائة.

فلو كان كسائر الوصايا علىٰ قياس قول أبي حنيفة: وجب أن لا يضرب الموصىٰ له بالألف بأكثر من الثلث». اهـ من الجوهرة النيرة ٢/٣٩٥.

(١) أي إذا اتسع الثلث لما نص عليه في الوصية من عشرين أو أربعين أو نحو ذلك.

كلها[1])، كقول الفرائض.

مسألة : [الوصية بالحَمْل وللحَمْل]

قال أبو جعفر : (والوصية بالحَمْل وللحمل جائزةٌ، إذا عُلِمَ أنه كان حَمْلاً يوم الوصية[2]).

وذلك لأن الوصية بالمجاهيل جائزة، ألا ترىٰ أنه لو أوصَىٰ له بثلث ماله، جازت مع جهالة مقدار ماله وقتَ الموت.

ويدخل فيه ما يُستَحدث ملكه إلىٰ وقت الموت، وهو مجهول، فكذلك الوصية بالحمل.

ولأنها تتعلق علىٰ الأخطار أيضاً، ألا ترىٰ أنها تنتظم ما يستفيده بعد الوصية إلىٰ وقت الموت، فلما تعلَّقت علىٰ الأخطار، جازت بالمجاهيل، وبالحَمْل، ومن حيث تعلَّقت علىٰ الأخطار جازت للحَمْل أيضاً.

وكما جاز أن يوصِيَ لغائب، ويكون بعد الموت موقوفاً علىٰ قَبُوله، وكما يوصي لزيدٍ إن خرج إلىٰ مكة، ونحو ذلك.

وأيضاً: كما جاز أن يثبت الميراث للحَمْل، جازت الوصية له؛ لأنهما جميعاً يتعلقان بالموت، وصحة الميراث في الحَمْل، يدل علىٰ صحة الوصية به أيضاً.

---

(١) وبذلك يوافق الصاحبان أبا حنيفة رحمهم الله في هذه المسائل الدراهم المرسلة، والمحاباة، والسعاية، حيث يقولون اتفاقاً بأنه يضرب بجميع وصيته، كما بيَّن هذا الإسبيجابي في شرحه علىٰ مختصر الطحاوي ٢/ لوحة/ ٥٣.

(٢) «كأن وُضِع لأقل من ستة أشهر، من يوم الوصية، لو زوجُ الحامل حياً»، كما في اللباب ٤/١٨٢.

مسألة : [لوأوصىٰ لرجل بأَمَةٍ، ثم أوصىٰ بها لآخر]

قال أبو جعفر : (وإذا أوصىٰ بأَمَةٍ لرجل، ثم أوصىٰ بها لآخر: كانت بينهما نصفَيْن).

وذلك لأنه ليس تمتنع الوصيتان جميعاً لهما، علىٰ جهة الاشتراك فيها، وليس في اللفظ دلالة علىٰ الرجوع عن الأول.

ألا ترىٰ أنه لو أوصَىٰ لرجل بثلث ماله، ثم أوصىٰ لآخر بثلث ماله: جازت الوصيتان جميعاً، ولم تكن الثانية رجوعاً عن الأولىٰ وإن لم يملك إلا ثلثاً واحداً.

[مسألة :]

قال : (ولو قال: الأَمَةُ التي كنتُ أوصيتُ بها لفلان، فقد أوصيتُ بها لفلان: كان رجوعاً عن الأولىٰ، وإثباتاً للثانية).

وذلك لأنه لما ذَكَرَها في لفظ، واستأنَفَ ذِكْرَها للثانية بالفَاء، دلَّ علىٰ الرجوع، هكذا يقتضيه ظاهر هذا اللفظ.

وليس هذا بمنزلة قوله: وقد أوصيتُ بها لفلان: فتكون بينهما نصفَين؛ لأن الواو للجميع، فصار كأنه قال: هي لهما جميعاً.

مسألة : [تصرُّف الموصِي فيما أوصَىٰ به ببيعٍ ونحوه]

قال أبو جعفر : (وإذا أوصَىٰ بأَمَةٍ لرجل، ثم باعَها، أو تصدَّق بها، أو أخرجها عن مِلكه، بوجهٍ من الوجوه، أو كانت حِنطةً فَطَحَنَها: فهذا رجوعٌ عن الوصية).

وذلك لأنه قد فعل ما لا يصح معه بقاء الوصية؛ لأن حصولَها في ملك الغير بالبيع والهبة، وكونها مكاتَبةً يمنع صحَّة الوصية بها، فلا فَرْق

بين أن يقول: قد رجعتُ عن الوصية، وبين أن يفعل ما لا يصح إلا مع الرجوع.

ألا ترىٰ أن المشتري إذا كان بالخيار، لم يختلف حكم قوله: قد أجزتُ البيعَ، وبين أن يفعل ما لا يصح إلا مع الاختيار في باب لزوم الشراء، مثل الوطء، والبيع.

وكذلك الزوج إذا طلَّق امرأته رجعيًّاً، فلا فرق بين قوله: قَدْ راجعتُها، وبين أن يفعل ما لا يصح إلا مع الرجعة، مثل الوطء، واللَّمْس، والقُبْلة للشهوة.

والأصل في ذلك كله: ما حدثنا عبد الباقي بن قانع قال: حدثنا أحمد بن يحيىٰ الأَحْوَل الحُلْوَاني قال: حدثنا محمد بن الحَكَم أبو عَمْرو الشَّهْرَزُوْرِي قال: حدثنا محمد بن سَلَمة عن محمد بن إسحاق عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة «أنَّ النبي صلىٰ الله عليه وسلم قال لبَرِيرَة: إن قَرُبَكِ، فلا خيار لك»[1].

وفي بعض الألفاظ: «إن وطئك، فلا خيار لك»[2].

---

(١) سنن أبي داود ٢/٦٧٣ وسكت عنه، قال ابن الملقن في تحفة المحتاج ٢/٣٧٧: وفيها عنعنة ابن إسحاق. اهـ، وقد ذكر الحديث البيهقي في سننه ٧/٢٢٥، والزيلعي في النصب ٣/٢٠٧، وابن حجر في الفتح ٩/٤١٣ ولم يتكلموا عليه بشيء، بل قال ابن حجر: «روىٰ مالك بسند صحيح عن حفصة أنها أفتت بذلك، وأخرج سعيد بن منصور عن ابن عمر مثله، قال ابن عبد البر: لا أعلم لهما مخالفاً من الصحابة، وقال به جمع من التابعين. اهـ.»

(٢) سنن البيهقي ٧/٢٢٥ وذكر له أحاديث أخرىٰ تشهد له.

فجَعَلَ النبيُّ صلىٰ الله عليه وسلم رضاها بالوطء، ومطاوَعَـتَها إياه عليه، بمنزلة قولِها: قد اخترتُكَ، فكذلك ما وصفنا.

وأما الحِنطة إذا طَحَنَها، فإنما بَطَلَت الوصية فيها؛ لأن صحة الوصية متعلِّقة بالموت، فإن لم تكن الحنطة موجودةً وقت الموت، لم تصح الوصية.

وكذلك سائر الأفعال الحادثة في الموصَىٰ به، إذا أزالت الاسم وعُظْم المنافع.

ألا ترىٰ أن الغاصب يستحقه علىٰ المالك بإحداث هذه الأفعال فيه، ويُبْطِلُ حقَّه عنه، فحقُّ الموصَىٰ له أَوْلىٰ بأن يَبْطُلَ عنه بإحداث هذه الأفعال فيه.

مثل أن يوصيَ بهذا الكُفَرَّىٰ[١]، الذي في هذا النَّخْل لفلان، فيصيرُ بُسْراً[٢]، قبل أن يموت الموصي.

أو يوصيَ بهذا البَيْض لفلان، فتَحْضُنه دجاجة، ويخرج منه فرايج: فإن الوصية تبطل في جميع هذه الوجوه، لزوال اسم ما تعلَّقت عليه الوصية، مع عُظْم منافعه.

قال أحمد: قال محمد في الزيادات: لو قال: أوصيتُ بهذا الرُّطَب

---

(١) الكُفَرَّىٰ: بضم الكاف، وفتح الفاء، وتشديد الراء: كُمُّ النخل، لأنه يستر ما في جوفه، كما في المغرب ٢/٢٢٥، وفي مختار الصحاح (كفر) «الكافور: الطلع، وقيل وعاء الطلع، وكذا الكفرَّىٰ» اهـ.

(٢) البُسْر: أوله طَلْع، ثم خَلال: بالفتح، ثم بَلَح: بفتحتين، ثم بُسْر، ثم رُطَب، ثم تَمْر، كما في مختار الصحاح (بسر).

لفلان، فصار تمراً قبل أن يموت الموصي: كانت الوصية باطلةً، ولكني أستحسن أن أخيِّر هذا.

قال: ولو قال أوصيتُ بهذا العِنَب لفلان، فصار زَبيباً قبل أن يموت الموصِي، كانت الوصية باطلةً.

قال: ألا ترىٰ أنَّ رجلاً لو غصب رجلاً عِنَباً، فجعله زَبيباً: لم يكن لصاحبه عليه سبيل، وأَخَذَ منه عِنَباً مثله، أو قيمتَه إن لم يوجد مثله.

ولو غصب رُطَباً، فجعله تمراً، كان صاحب الرُّطب بالخيار: إن شاء أَخَذَ التمر، وإن شاء ضمَّنَه مثل رُطبه.

قال أحمد: ففرَّق بينهما في الوصية، مِن حيث افترَقا في الغصب، مِن قِبَل أنَّ زوال عُظْم منافع العين، يقطع حقَّ المغصوب منه في أخذه، علىٰ حسب ما بيَّنَّا في مسائل الغصب.

والأصل فيه: حديث النبي صلىٰ الله عليه وسلم في قصة الشاة المشويَّة: «أطعِمُوها الأسرىٰ»[1]، وكانت غَصْباً.

وإذا كان هذا الأصل صحيحاً، قلنا في مسألة الرُّطَب إذا صار تَمْراً في يد الغاصب: إن حق صاحبه قائم في أَخْذه، مِن قِبَل أن عُظْمَ منافعِ الرُّطَب قائم في التمر، مِن كون الدِّبْسِ، والخَلِّ، والنبيذ منه، كما يكون من الرُّطب.

وأما العِنَب إذا صار زبيباً، فقد زال به عُظْم منافعه، فانقطع حق صاحبه عنه.

---

(١) تقدم.

مسألة : [تصرُّف المريض مرضَ الموت]

قال : (وتصرُّف المريض إذا اتَّصل به الموت: بمنزلة الوصية فيما يُعتبر فيه الثلث).

وذلك لقول النبي صلىٰ الله عليه وسلم لسعدِ بن أبي وقَّاص حين قال: أتصدَّق بجميع مالي؟ فقال: لا، إلىٰ أن ردَّه إلىٰ الثلث[١].

وجعَلَ النبيُّ صلىٰ الله عليه وسلم عِتقَ الذي أعتق ستةَ أعبدٍ له في مرضه، من الثلث[٢].

وفي حديث أبي هريرة عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم: «إنَّ الله جَعَلَ لكم ثُلُثَ أموالكم في آخِرِ أعمارِكم، زيادةً في أعمالكم»[٣].

فَجَعَلَ تصرُّفَه في ماله في المرض من الثلث.

وفي حديث ابن عمر عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم: يقول الله تعالىٰ: «يا ابنَ آدم! اثنتان ليستْ لك واحدةٌ منهما، جعلتُ لك نصيباً من مالِك حين أخذتُ بكَظَمِكَ لأطهِّرَك وأُزكِّيك، وصلاةَ عبادي عليك بعد انقضاء أجَلِك»[٤].

فأخبَرَ أنَّ الذي له مِن ماله في المرض، نصيبٌ منه دونَ جميعه.

وقال أبو بكر الصديق في مرضه الذي مات فيه لعائشة: «إني كنتُ

(١) تقدم.

(٢) صحيح مسلم ١٢٨٨/٣.

(٣) تقدم.

(٤) تقدم.

نحلتُك جَداد عشرين وَسْقاً بالعَالية، وإنكِ لم تكوني حُزْتِيه، ولا قَبَضْتِيه، وإنما هو مال الوارث»[١].

فأضاف المالَ إلىٰ الوارث، وأبان أن هبتَه في المرض لوارثه غيرُ جائزة، وذلك بحضرة الصحابة مِن غير نكيرٍ مِن أحدٍ من السلف عليه، وفيه الدلالة من وجهَيْن علىٰ ما وصفنا: أحدهما: أنه لو جازت الهبة في الحال لوَهَبَها، لقوله: «إن أحبَّ الناسِ إليَّ غنَاء أنتِ»[٢].

والثاني: قوله: «إنما هو مال الوارث»[٣]، فأضاف المالَ إلىٰ الوارث في حال مرضه، لثبوت حقه فيه.

فصل: [المرض غيرُ المميتِ غالباً بمنزلة الصحة]

قال: (والمرضُ الذي لا يُخاف فيه الموت، مثل الفَالِج، والسِّلِّ الذي قد تطاول، بمنزلة الصحة).

لأنه ليس الغالب منه خوف الموت، فهو بمنزلة الصحة، وإن لم يكن أحدٌ مِن الناس علىٰ ثقةٍ من الحياة طَرْفَةَ عَيْنٍ، في صحة أو مرض، إلا أنه يُعْتَبَر فيه الغالب مِن أمره في العادة.

* **قال**: (والمرأة إذا ضرَبَها الطَّلْق: بمنزلة المريض).

لأن غالبَ حالِها الموت في العادة، كالمريض المُدْنَف[٤].

---

(١) تقدم.

(٢) تقدم.

(٣) تقدم.

(٤) الدَّنَف محركة: المرض الملازم... وقد دنف المريض: ثقل من المرض =

* (وكذلك مَن قُدِّمَ للقتل في قصاصٍ أو رَجْمٍ).

[مسألة :]

قال : (فأما عقود المرتد وتصرفه: فغير جائز في قول أبي حنيفة، إذا قُتِل أو مات).

لأن الرِّدة تُزيلُ مِلكَه، وقد بيَّنَّا ذلك في مواضع.

(وقال أبو يوسف: هو كالصحيح)، بمنزلة مَن وجب عليه القصاص.

(وقال محمد: هو كالمريض)؛ لأن خوفَ التلف عليه أغلب مِن خوفه علىٰ المريض، إذ هو مباح الدم في حال الردة.

مسألة :

قال: (ومَن أوصىٰ بوصايا في مرضه، وأعتقَ عبيداً له: بُدئ بالعِتق علىٰ سائر الوصايا إن لم تخرج من الثلث، تَقَدَّم أو تأخر).

وذلك لما حدثنا عبد الباقي بن قانع قال: حدثنا بِشر بن موسىٰ قال: حدثنا أبو عبد الرحمن عن حَيْوَةَ[1] قال: حدثنا يحيىٰ بن سعيد عن «سعيد بن المسيب قال: «مَضَتِ السُّنَّة أنْ نَبْدَأَ بالإعتاق في الوصية»[2].

وأيضاً: لما كان العتق مما لا يلحقه الفسخ، وسائر الوصايا يلحقها الفسخ، صار العتق آكد منها، ومتىٰ اجتمع أمران لا يمكن إجازتهما

المشفي علىٰ الموت. اهـ، كما في تاج العروس (دنف).

(١) في الأصل: (حمزة)، والتصويب من سنن البيهقي ٦/٢٧٧، تهذيب التهذيب ١١/٢٢٠.

(٢) سنن البيهقي ٦/٢٧٧، ولم يتكلم عليه بشيء.

جميعاً، وأحدُهما ينفسخ، والآخر لا ينفسخ: فالذي لا ينفسخ أَوْلَىٰ بالثبات، وما ينفسخ أَوْلَىٰ بالبطلان.

ألا ترىٰ أنَّ رجلاً لو أعتق عبدَ رجلٍ بغير أمرِهِ، وباعَه آخرُ، فأجاز الأَمْرَيْن: جازَ العتق، وبَطَلَ البيع.

وكذلك لو وكَّل رجلاً بعتق عبده، وآخرُ ببيعه، فأوقَعَا الأمرَيْن معاً: جاز العتق، وبَطَلَ البيع.

مسألة: [تقديم الوصية بالمُحَابَاة علىٰ العِتق]

قال: (ولو أعتَقَ وحابىٰ في المرض، فإن بَدَأَ بالمحاباة فهي أَوْلىٰ، وإن بَدَأَ بالعتق: تحاصَّا في قول أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف ومحمد: العِتق أَوْلىٰ، قَدَّم أو أَخَّر).

وذلك إذا لم يَسَعْهُما الثلث.

وجه قول أبي حنيفة: أنَّ المحاباة حق الآدمي، قد ثبت بعِوَضٍ، فصارت مثل الذي يُقِرُّ به المريض، فيكون أَوْلىٰ مما إذا بَدَأَ بها، إذْ كان مخرجه مخرج المعاوضة.

ألا ترىٰ أنَّ مَن أقَرَّ في مرضه بدَيْن، كان مصدَّقاً علىٰ الورثة، وجُعِلَ في الحكم كأنه قد مَلَكَ بَدَلَه، لولا ذلك لما جاز إقراره إلا من الثلث، كذلك المُحَاباة، لما أشبهت الدَّيْن من هذا الوجه، وَجَبَ أن يُبْدَأَ بها علىٰ العتق إذا بَدَأَ بها.

فإن قيل: فالجزء الذي فيه المحاباة، ليس بإزائه عِوَض.

قيل له: هو قد جَعَلَ الثمنَ عوضاً لجميع العبد، وأخرجه مخرج المعاوضة، وكذلك الدَّيْن المُقَرُّ به، يجوز أن لا يكون بدلاً من شيء، إلا

أنه لما أخرجه مخرج ما فيه عِوَض، كان أَوْلىٰ، فكذلك ما ذكرنا.

فإن قيل: فالعتق لا يلحقه الفسخ، والبيع يلحقه الفسخ.

قيل له: الدَّين مما يلحقه الفسخ، ومع ذلك فهو أَوْلىٰ من العتق الذي لا يجوز فسخه.

فإن قيل: لو كانت المحاباة بمنزلة الدَّيْن، لجازت علىٰ الورثة، ولم تكن من الثلث، كما أنَّ الدَّين ليس من الثلث.

قيل له: افتراقهما من هذا الوجه، لا يمنع الجمع بينهما في وجوب البَدْء به علىٰ العتق.

ألا ترىٰ أنَّ العتق في المرض مِن الثلث، ومع ذلك يُبْدَأ به علىٰ الوصية بالمال، لتأكُّد حاله، كذلك المحاباة لما تأكَّدت بما وصفنا من شبهها بالدين، من الوجه الذي ذكرنا، وَجَبَ أن يُبْدَأ بها علىٰ العِتق إذا بَدَأ بها.

وأيضاً: فإن المحاباة لما ساوت العتق في باب أنَّ كلَّ واحدٍ منهما قد صحَّ في المرض، انقطع حق الميت في الرجوع فيها، ثم وجدنا للمحاباة فَضْل مزية من جهة وقوعها علىٰ العوض، ومن جهة البَدْء بها، وعَدِمْنَا ذلك في العتق، وَجَبَ أن تكون المحاباة مقدَّمة عليه.

ألا ترىٰ أنَّ الجميع[1] متفقون علىٰ وجوب تقديم العتق علىٰ الوصية بالمال، لوقوعه وصحته في حياته، وانقطاع حقه في الرجوع فيه، كذلك المحاباة، لما صار لها مِن المزية ما وصفنا، كانت أَوْلىٰ من العتق.

---

(١) أي الإمام وصاحبيه، والله أعلم.

فإن قيل: فالصدقة في المرض لا رجوع فيها، ولم تكن في معنىٰ العتق.

قيل له: يصح الرجوع في الصدقة بعد الموت، إذا لم تخرج من الثلث، ولا يصح في المحاباة والعتق.

فإن قيل: المحاباة قد يصح فسخها، والعتق لا يصح فسخُه، فالعتق أَوْلىٰ.

قيل له: المحاباة لا يصح فسخها من جهة الميت، ولا من جهة الورثة؛ لأن للمشتري أن يقول: أنا أزيد في الثمن إلىٰ تمام ثُلُثَي القيمة، فلا يكون لهم سبيل إلىٰ فسخها، وإنما يصح فسخها من جهة المشتري، لا من جهة الميت أو الورثة، وإنما يحتاج إلىٰ أن يعتبر ما يصح فسخه من جهة الميت أو الورثة، فيستدل بانقطاع حقهم في الفسخ علىٰ تأكُّده، فأما وقوع الفسخ من جهة الموصَىٰ له، فلا اعتبار به.

* وأما إذا بدأ بالعتق، ثم المحاباة: فإنهما يتحاصَّان؛ لأن العتق له مزية البَدْء، ووقوعه قبل الموت، من غير حق فسخ فيه لأحد، والمحاباة لها مزية العِوَض، فإنها لا يلحقها الفسخ أيضاً، فتساويا جميعاً، ولم يكن لأحدهما مزية علىٰ صاحبه، فلذلك تحاصَّا.

* ولأبي يوسف ومحمد: أنَّ المحاباة قد يلحقها الفسخ، إذا لم يرضَ المشتري بزيادة الثمن، والمعتَق لا يلحقه الفسخ بحال، فكان أَوْلىٰ منها، كما كان العتق أَوْلىٰ من الوصية بالمال.

مسألة : [اجتماع عدة فرائض في الوصية]

قال : (ومَن أوصىٰ بوصايا لقوم بأعيانهم، وأوصىٰ بزكاةٍ عليه، وكفَّاراتِ أيمانٍ، وحَجٍّ، والثلث يقصرُ عن جميع ذلك: ضُرِبَ بالوصايا

كلها في الثلث، فما كان منها حقاً لآدمي دُفِعَ إليه، ثم يُنْظَرُ إلىٰ القُرَب، فيُبْدَأَ منها بالزكاة، ثم يُثَنَّىٰ بالحج المفروض عليه، ثم يثلَّث بما أوصىٰ به من ذلك في كَفَّارات أَيْمَانه، يُبْدَأ في ذلك بالأَوْلَىٰ مِن الأشياء، علىٰ ما هو أوْلىٰ منها، فإن تساوت: بُدِئ منها بما بدأ به الموصِي في وصيته).

قال أحمد: ذكر أبو جعفر أنه يُبْدَأ بالزكاة، ثم بالحج الفريضة، وذَكَرَ أبو الحسن الكرخي رحمه الله أنه إذا اجتمع في الوصية فرائض ذَكَرَها، بُدِئَ بالأَوَّل فالأوَّل في لفظه[1].

فأما وجه المسألة في أنه يُضْرَب بجميع وصايا الميت في الثلث أوَّلاً: فلأن الوصية للآدمي لا تمنع المضاربة معه في القُرَب الموصَىٰ بها.

ألا ترىٰ أنه لو أوصىٰ بثلث ماله للمساكين، وأوصىٰ بثلثه للآدمي، أنَّ الثلث مقسوم بين المساكين، والموصَىٰ له بالثلث، فكذلك سائر القُرَب مع الآدمي، تصير كلُّ واحدة منها بمنزلة إنسان، قد أوصَىٰ له بعينه بثلث المال.

فإذا تضاربوا بها، استُوفيَ ما كان مِن حصة الآدمي، فدُفِعَ إليه، ثم نُظِرَ إلىٰ ما بقي لجهات القُرَب، فيصير كأنَّ الميت أوصَىٰ به[2] في هذه الوجوه، فيُبْدَأ أوَّلاً بالفروض؛ لأنها أهمُّ وأَوْلىٰ من النوافل، قَدَّم أو أَخَّرَ؛ لأنا لا نحمل أمْرَه علىٰ أنَّه قَصَدَ تضييع الفرض بتقديم النافلة، ولأن من

---

(١) قال - الموصلي في الاختيار ٥/ ٧٣: «ومَن أوصَىٰ بحقوق الله تعالىٰ؛ قُدِّمت الفرائض، وإن تساوت: قُدِّم ماقدَّمه الموصي إن ضاق الثلث عنها، وقيل: يبدأ بالحج ثم الزكاة، وقيل: بالزكاة ثم بالحج» اهـ.

(٢) أي بالمال الباقي.

شأن المؤمن أن تأدية الفرض أهمُّ عنده من فعل لنافلة وإن أَخَّره في لفظ الوصية عنها.

* وذَكَرَ أبو حنيفة تقديمَ الزكاة علىٰ حَجَّة الفريضة، ووجهه: أنَّ الزكاة في الأصل مما جُعِلَ أَخْذها إلىٰ الإمام، وقد كان النبي صلىٰ الله عليه وسلم، وأبو بكر، وعمر يأخذونها، كما يأخذون صَدَقة المواشي[١]، إلىٰ أن قال عثمان في خطبته في شهر رمضان: «هذا شهرُ زكاتِكم، فمَن كان عليه دَيْن فليؤدِّه، ثم ليُزَكِّ بقيَّةَ ماله»[٢].

فوكَلَ الأداء إلىٰ أرباب الأموال، من غير سقوط حقِّ الإمام في أخذها.

وقاتَلَ أبو بكر الصديق في سائر الصحابة أهلَ الرِّدَّة علىٰ مَنْع الزكاة[٣]، فصارت لها هذه المزية، فكانت أَوْلىٰ بالتقديم من الحج؛ لأن الإمام لا مَدخل له في جَبْر الناس علىٰ الحج.

ثم بعد الزكاة حَجَّة الإسلام؛ لأنها فرض، ثم الواجبات، من كفَّارات الأَيْمَان ونحوها.

---

(١) الأموال لأبي عبيد ص٥٠٤، سنن البيهقي ١٠٩/٤، التلخيص الحبير ١٥٩/٢.

(٢) الموطأ ٢٥٣/١، الأموال لأبي عبيد ص٣٩٥ (١٢٤٧)، سنن البيهقي ١٤٨/٤، وقد أخرج البخاري في صحيحه ٢٠٥/١٣ بسنده إلىٰ السائب بن يزيد أنه سمع عثمان بن عفان خطيباً علىٰ منبر النبي صلىٰ الله عليه وسلم اهـ فقط، ولم يذكر لفظ الحديث.

(٣) صحيح البخاري ٢٦٢/٣.

* وإنما قَدَّم الحج علىٰ كفَّارات الأَيْمان، لما جاء من الوعيد في تَرْك الحج، ولم يَجِيءْ مثله في كفَّارات الأَيْمان، وهو ما روي عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم أنه قال: «مَنْ مَاتَ ولم يَحُجَّ حَجَّةَ الإسلام، فليَمُتْ يهودياً أو نصرانياً»[١].

وروىٰ هشام[٢] في نوادره عن محمد: في الحج الفريضة والزكاة: أنه يُبْدَأ بما بَدَأ به الميت.

قال أحمد: هذا أصح علىٰ أصولهم مما رواه أبو جعفر.

* ثم يُبْدَأُ من الواجبات بعد الحج، بما بَدَأ به الميت في لفظ الوصية؛ لأَنَّ بَدْأَه بها في لفظ الوصية يدلُّ علىٰ أنها كانت أهم عنده من غيرها.

ثم بعد ذلك بما بَدَأ به من النوافل، حتىٰ تُسْتَوْفَىٰ وصاياه إن أمكن، وإن لم يُمكن اقتُصِرَ بها علىٰ ما أَمْكَن، كما وصفنا.

مسألة: [مراتِبُ الأوصياء]

قال أبو جعفر: (والأوصياءُ الأحرارُ البالغون علىٰ ثلاث مراتب:

---

(١) سنن الترمذي ١٧٦/٣ وقال: هذا حديث غريب، لا نعرفه إلا من هذا الوجه، وفي إسناده مقال، وهلال بن عبد الله مجهول، والحارث يضعف في الحديث اهـ، ورواه البيهقي في سننه ٣٣٤/٤ من طريق آخر ثم قال: وهذا وإن كان إسناده غير قوي، فله شاهد من قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه.

(٢) هشام بن عبيد الله الرازي، تفقه علىٰ أبي يوسف ومحمد، قال عنه أبو حاتم: صدوق، ما رأيت أعظم قدراً منه، وله كتاب النوادر عن محمد، وصلاة الأثر، توفي رحمه الله سنة ٢٠١هـ، له ترجمة في أخبار أبي حنيفة وأصحابه ص١٥٥، الفوائد البهية ص٢٢٣ وفيه اسم أبيه: عبد الله، الأعلام ٨٧/٨.

فوصيٌّ مأمونٌ علىٰ ما أُوصِيَ به إليه، مُضْطَلِع(١) بالقيام به: فلا ينبغي للحاكم أن يَعترض عليه.

ووصيٌّ مأمونٌ غير مُضْطَلِع بالقيام به: أيَّده الحاكم بغيره.

ووصيٌّ مَخُوفٌ علىٰ ما أُوصِيَ به: فيُخْرِجُه الحاكم من الوصية، ويقيمُ فيها مَن يُؤْمَن عليها، ويَضْطَلِعُ بالقيام بها).

والأصل في ذلك: أنَّ الوصيَّ منصوبٌ لحفظ مال الميت، والاحتياطِ للصغار.

قال الله تعالىٰ: ﴿ وَلَا تَقْرَبُوا۟ مَالَ ٱلْيَتِيمِ إِلَّا بِٱلَّتِى هِىَ أَحْسَنُ ﴾(٢)، وقال: ﴿وَأَن تَقُومُوا۟ لِلْيَتَٰمَىٰ بِٱلْقِسْطِ ﴾(٣)، وقال: ﴿وَيَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْيَتَٰمَىٰ ۖ قُلْ إِصْلَاحٌ لَّهُمْ خَيْرٌ﴾(٤).

فإذا كان الوصي مضطلعاً بها، مأموناً عليها: لم يتعرَّضْ له الحاكم؛ لأن الميت قد أَوْصَىٰ إليه وصيةً للقيام بأمرٍ، فلا يُزَال عنها، إلا بسببٍ يوجب زواله.

وإن كان مأموناً غير مضطلع بالقيام بها: أيَّده بغيره؛ لئلا يقع عليه غَبْن فيما يتصرف فيه، ولا يجري به عليه تضييع.

وإن كان مَخُوفاً عليها: أخرجه الحاكمُ، وأقام فيها مَن يُؤْمَن عليها؛

---

(١) أي قويٌّ عليه، كما في القاموس المحيط (ضلع).

(٢) الأنعام: ١٥٢، من سورة الإسراء، آية رقم/ ٣٤.

(٣) النساء: ١٢٧.

(٤) البقرة: ٢٢٠.

لأن الحاكم منصوبٌ لحفظ أموال الناس وحقوقهم، وخاصة الأموات والصغار منهم، فإذا خافَ من الوصيِّ الخيانةَ: أخرجه من الوصية، وأسندها إلىٰ غيره.

مسألة : [الوصية إلىٰ العبد]

(ومَن أوصىٰ إلىٰ عبده، والورثةُ صغار: فالوصية جائزة إلىٰ أن يَبْلُغُوا في قول أبي حنيفة).

وذلك لأن الصغار يولَّىٰ عليهم، ولا ولاية لهم في أنفسهم، فإذا لم يكن فيمَن خَلَفَ الميت من الورثة ذو ولاية في نفسه، جاز أن يليَ عليهم التصرف، كما يلي عليهم الحُرُّ لو أوصىٰ إليه.

* (ولو كان فيهم كبير: لم يجز).

لأن الكبير يلي علىٰ العبد، ويتصرف فيه، فلا تصح للعبد ولايةٌ ولا تَصَرُّفٌ، مع كونه مولَىً عليه محجوراً.

* (وفي قول أبي يوسف ومحمد: لا تصح الوصية إلىٰ العبد).

لأن موتَ المولىٰ يوجب حَجْراً عليه، فكيف تثبت له ولاية وهو محجور عليه؟.

مسألة : [وصية الوصيِّ إلىٰ غيره]

(وللوصي أن يوصيَ إلىٰ غيره بما أُوْصِيَ به إليه، أَطْلَقَ ذلك له الوصيُّ، أو لم يُطْلِقْه).

وذلك لأنه قائمٌ مقام الميت، فيتصرَّف في ماله من طريق الولاية، ألا ترىٰ أنه يتصرف في حال انقطاع أَمْر الميت وتصرفه، فصار بمنزلة الجَدِّ.

وإن استحق الولاية علىٰ الصغير بواسطة هو الأب: جاز له أن يوصيَ

إلىٰ غيره، فيقوم وصيُّه في مال الصغير مقامَه.

وليس الوصيُّ في هذا كالوكيل، في أنه لا يجوز له أن يوكِّلَ غيره فيما وُكِّلَ به، إلا أن يُطْلِقَ له فيه؛ لأن تصرُّف الوكيل من طريق الآمِر، لا مِن طريق الولاية، ألا ترىٰ أنَّ وكالته تبطل بانقطاع أمر الميت لموته.

ويدل علىٰ ما ذكرنا أيضاً من حال الوصي: أنه يتصرف علىٰ الصغير في سائر وجوه التجارات، وفي الكتابة، وما شابهها، فصارت الوصية إليه مقتضية لعموم التصرف من الميت، ومن وجه التصرف عليه: أن يوصيَ بما أُوصِيَ به إليه إلىٰ غيره، ويقيمَه في مقام نفسه، كما كان له أن يوكِّل بالتصرف علىٰ الصغير في حال حياته مَن شاء وإن لم ينصَّ له عليه في لفظ الوصية إلىٰ غيره.

وفارق الوكيلَ أيضاً مِن هذا الوجه؛ لأن الوكيل لا يوكِّل غيرَه، والوصيَّ يجوز توكيله.

ويدل علىٰ اختلاف حكمهما في التصرف: أنَّ لفظ الوكالة علىٰ الإطلاق لا يستحق به التصرف في العقود، ألا ترىٰ أنَّ مَن قال لرجل: وكَّلْتُكَ بمالي: كان وكيلاً في حفظ ماله، ولم يملك به البيع والشراء، أو سائر وجوه التصرف عليه.

ولو قال له: قد أوصيتُ إليك بعد موتي: جاز له التصرف فيه علىٰ العموم، فأشبه من هذا الوجه الإذن للعبد في التجارة، أنه لما صحَّ بإطلاق اللفظ من غير ذكر وجوه التصرف، جاز له أن يأذن لعبده أيضاً في التجارة.

كذلك الوصي لما استفاد جواز التصرف بإطلاق لفظ الوصية، كان له أن يوصيَ إلىٰ غيره.

فإن قيل: فقد تصح المضاربة بإطلاق لفظها، بأن يقول: دفعتُه إليك مضاربة، ومع ذلك لا يدفعه مضاربة إلىٰ غيره.

قيل له: لا تصح المضاربة بهذا اللفظ، وإنما تكون إجارة فاسدة، يستحق فيها أجرَ المثل، وإنما تصح إذا قال: بالنصف أو الثلث ونحوه.

وأيضاً: فإنه قد دخلت تحت اللفظ جميعُ وجوه تصرُّف المضارب، وإنما لم يجز له دفعه إلىٰ غيره مضاربة، لما فيه من إثبات شركةٍ للثاني في مالِ رب المال، وليس ذلك من التصرف الذي يقتضيه عقد المضاربة في شيء.

فأما ما كان من طريق التصرف، فله أن يفعله، ألا ترىٰ أنه لو دَفَعَه إلىٰ غيره مضاربةً فاسدةً: لم يضمن، وهو متصرف فيه، كما يتصرف في المضاربة الصحيحة، إذ لم يكن فيه إثباتُ شركةٍ للغير، وليست من طريق التصرف.

مسألة: [تصرُّف أحد الوصيَّيْن دون الآخر]

قال: (وليس لأحدِ الوصيَّيْن أن يشتريَ للورثة إذا كانوا صغاراً، إلا الكِسْوة والطعام، وليس له أن يشتريَ لهم خادماً إن احتاجوا إليه، إلا بأمرِ صاحبِهِ، في قول أبي حنيفة ومحمد.

قال أبو جعفر: وقال محمد بن الحسن في نوادره: ليس لأحدهما أن يفعل شيئاً دون صاحبه، إلا ستة أشياء، فإنها تجوز له دون أَمْرِ صاحبه، وهي:

١ـ شراءُ كفنٍ للميت ٢ـ وقضاءُ ديونِه ٣ـ وإنفاذُ وصيَّته فيما أَوْصَىٰ به مِن صَدَقة، أو نحوها ٤ـ أو شيءٍ لرجل كان له بعَيْنه في يدِ الميت، يدفعه إليه ٥ـ وفي الخصومة فيما يُدَّعَىٰ علىٰ الميت ٦ـ وفي الخصومة للميت

فيما يدَّعيه له من الحقوق قِبَل الناس.

فأما غير ذلك من شراء أو بيع: فإنه لا يجوز له دون صاحبه).

قال أحمد: ولم يذكر شراء الكِسوة والطعام للصغير في هذه الرواية، وهو مما يجوز لأحدهما أن يفعلَه، في قولهم جميعاً.

وليس ما ذكره في النوادر، مخالِفاً لما في الأصول[١]، وإنما هو تفسير لما أُجْمِلَ ذِكْره في الأصول.

(وقال أبو يوسف: فعلُ أحد الوصيَّيْن جائز، كقولهما جميعاً).

وجه قول أبي حنيفة ومحمد: أنَّ الميت لما أَسْنَدَ الوصيةَ إليهما معاً، فلم يرض إلا باجتماعهما علىٰ الرأي في التصرُّف، ولم يرض برأي أحدهما دون صاحبه.

ألا ترىٰ أنه لو وكَّلَ رجلَيْن بالبيع: لم يكن لأحدهما أن يعقد دون الآخر.

وأما شراء الطعام والكِسوة، فهو مما لا بُدَّ للصبي منه، وفي تأخيره انتظاراً للآخر: ضررٌ عليه، ولا ولاية لهما فيما فيه ضرر علىٰ الصغير، فلذلك جاز لأحدهما أن يشتريَه.

وأما الخادم، فليست الحاجة إليها ضرورة، وليس في انتظار الآخر ضرر علىٰ الصغير، فلذلك لم يجز أن يشتريَه دون الآخر.

وأما شراء الكفن، فلا يمكن تأخيره انتظاراً للآخر؛ لأنه مأمور

---

(١) وهي الكتب الستة لمحمد، التي هي ظاهر الرواية، أما النوادر فليست من كتب ظاهر الرواية.

بتعجيل الدَّفْن.

وأما قضاء الدَّيْن، فلأنَّ الغريم لو قَبَضَه بغير إذنه: صحَّ قبضه.

وأما إنفاذ الوصية، فإن ابنَ رُسْتُم[١] قد ذَكَرَ عن محمد وعن أبي حنيفة أنه جائز لأحدهما دون الآخر، ولم يفصل بين شيءٍ منهما، وهو يقتضي جواز نفاذ الوصية لإنسانٍ بعينه، وللمساكين وغيرهم.

فروىٰ أبو يوسف عن أبي حنيفة أيضاً: أنَّ لأحدِ الوصيين إنفاذ وصية الميت، سواء كانت لرجل بعينه أو للمساكين، ذكره أبو الحسن رحمه الله في كتابه[٢].

ووجه ذلك: أنَّ الوصية إن كانت لرجلٍ بعَيْنه، فإنه لو استوفاها الرجل بغير إذنه، جاز كما قلنا في الدَّيْن، وإن كانت وصية بالعتق، جاز أيضاً، كرجل[٣] وكَّلَ رجلَيْن بعتق عبده، فلأحدهما أن يعتقه دون صاحبه.

وإن كانت وصيةً لمساكين ونحوها، فوجه جواز تصرفه: أنها لا يتعلق بها حقٌّ علىٰ أحد، وإنما فيه نَقْل ملك الميت إلىٰ المساكين، فصارت كالوصية لإنسانٍ بعينه، وكمَنْ وكَّل رجلَيْن بهبة عبده أو بعتقه، فلأحدهما أن يفعله.

---

(١) إبراهيم بن رستم، أبو بكر المروزي، تفقه علىٰ محمد، وسمع من الإمام مالك، وأحمد بن حنبل، عرض عليه المأمون القضاء فامتنع، له النوادر، كتبها عن محمد، توفي رحمه الله سنة ٢١١هـ له ترجمة في الفوائد البهية ص٩-١٠.

(٢) لعله يريد المختصر لأبي الحسن الكرخي، والله أعلم.

(٣) في الأصل: (جاز أيضاً إلىٰ رجل).

وأما الخصومة فلا تتأتىٰ منهما لو حَضَرَا، وإنما كان يخاصم أحدهما، فلذلك جاز لأحدهما أن يخاصم، ولأحد الوكيلين بالخصومة أن يخاصم دون صاحبه.

ووجه قول أبي يوسف: أنهما يتصرفان من طريق الولاية؛ لأنهما يتصرفان مع انقطاع أمر الميت، وفارقا الوكيلَيْن من هذه الجهة.

مسألة : [إسناد أحد الوصيين قبل موته الوصية إلىٰ الوصي الآخر]

(وإن مات أحدُ الوصيَّيْن، وقد أوصىٰ إلىٰ صاحبه، فإن محمداً قال: هو جائز.

قال : وهو قياس أبي حنيفة[1].

وقال أبو جعفر : قد روي عن أبي حنيفة من غير هذا الوجه، أنَّ ذلك لا يجوز، لأن الميت رَضِيَ برأي اثنين، ولم يرضَ برأي واحد).

وجه القول الأول: أنه لما جاز له أن يوصيَ إلىٰ آخر، ويقيمه في مال الميت مقامَ نفسه، كذلك جاز له أن يسند ما كان إليه إلىٰ صاحبه.

ألا ترىٰ أنه قد كان له في الحياة أن يوكِّلَ صاحبَه بالتصرف في الشراء والبيع في مال الميت.

ووجه القول الثاني: أنَّ الميت الأول إنما رضيَ بتصرف اثنين واجتماعهما علىٰ الرأي فيه، فلا يجوز الاقتصار به علىٰ رَجُلٍ واحد.

---

(١) «وهو ظاهر الرواية... وعن أبي حنيفة رحمه الله: أنه لا ينفرد بالتصرف»، كما في الهداية ٤/٢٦١، وظاهر الرواية هو المقدم في المذهب، وهو الذي اعتمده ابن عابدين في حاشيته ٦/٧٠٥.

مسألة : [تصرُّف الوصي قبل أن يَعْلَمَ أنه أُوصِيَ إليه]

قال : (وإذا أوصَىٰ إلىٰ رجل، ثم مات، فباع الوصيُّ شيئاً مِن تَرِكَة الميت، ولم يَعْلَم بالوصية: جازَ بيعه، ولزِمَتْه الوصية).

وذلك لأن حق الميت قد انقطع، وبقي موقوفاً علىٰ قَبُول الوصي، فأشبه البيِّعَ إذا شَرَطَ الخيار للمشتري، فإنه لما انقطع حقه، وبقي موقوفاً علىٰ حق المشتري، كان تصرف المشتري فيه مبطلاً لخياره، وملزماً له البيع، سواءً علمَ أنه المشتري، أو لم يعلم.

ألا ترىٰ أنه لو باع العبدَ المشترَىٰ، وهو لا يعلم أنه الذي اشتراه: أنه يبطل خياره، ويلزمه البيع، كذلك مسألة الوصي، لما لم يبق هناك غير حقه: نَفَذَ بيعه، ولزِمَتْه الوصية؛ لأنه يستحيل أن يجوز بيعه إلا وهو وصي، إذ كان غير الوصي لا يجوز بيعه.

مسألة : [الوصية الخاصة]

قال : (ومَن أوصَىٰ إلىٰ رجلٍ في خاصٍّ من ماله: كان وصياً في كل ماله في قول أبي حنيفة).

وذلك لأن الوصي يتصرَّفُ من طريق الولاية، فصار ثبوت ولايته في شيءٍ من مال الميت، موجِباً له الولاية في جميعه، كما أنَّ الأب لما كان تصرُّفه علىٰ الصغير من طريق الولاية، جاز تصرفه في جميع ماله.

(وفي قول أبي يوسف ومحمد: هو وصيٌّ فيما أوصَىٰ به إليه خاصَّةً، دون ما سواه).

لأن الوصية إنما تجوز أن تختَصَّ بوقت دون وقت، وبحال دون حال، ألا ترىٰ أنه لو قال: فلان وصيي حتىٰ يقدُم فلان، ثم الوصية إلىٰ

فلان: كانت كما أوصىٰ في قولهم جميعاً، فأشبهت الوكالة من هذا الوجه، فجاز أن يخصَّها ببعض التصرف دون بعض.

فإن قيل: لما صحت بإطلاق لفظٍ من غير تعيين لوجوه التصرف، وَجَبَ أن لا يصح تخصيصها ببعض التصرف، كالإذن في التجارة، وفارَقَت الوصية من هذا الوجه.

قيل له: هذا فاسد؛ لأن المضاربة تصح بإطلاق لفظها، من غير تعيين وجوه التصرف، ولو خصَّها بالتصرف في بعض التجارات، دون بعض: صحَّت علىٰ ما شَرَطَ من التخصيص.

قال أحمد: ذَكَرَ أبو جعفر أبا يوسف مع محمد، وهو مع أبي حنيفة في هذه المسألة.

مسألة: [قبول الوصي الوصية قبل موت الموصي يلزمه الوصية]

(ومن أَوصَىٰ إلىٰ رجل، فقَبِلَ وصيتَه في حياته، ثم مات الموصِي: فقد لزِمَتْه الوصية).

لأنها قد صحَّت بالموت، وصارت بحيث لا يلحقها الفسخ؛ لأن فَسْخَها إنما كان يصح بمَحْضَرِ الموصِي، كالخروج من الوكالة وفسخها، لا يصح إلا بمَحضرٍ من الموكِّل، وكما لا يصح فسخ المضاربة والشركة إلا بمَحضرٍ مِن رب المال والشريك، فلما فات ذلك في مسألتنا بموت الموصِي، صحَّت الوصية، ولزِمَتْه، ولم يكن له سبيل إلىٰ فَسْخِها.

فصل: [قبول الوصي الوصية وقد رفضها بعد موت الموصي]

قال: (ومَن أوصىٰ إلىٰ رجل، ثم مات، فقال الوصي: لا أَقْبَل، ثم قَبِلَ: جاز قوله).

لأن الوصية قد تمَّت من جهة الموصي، وبقيت موقوفة علىٰ قَبُول الموصَىٰ له ، فلم يصح فسخه لها، وكما لو فسخ المضارِب المضاربة بغير مَحضرٍ من رب المال، لم يصح فسخه لها، وكما لو فَسَخَ المشتري البيعَ وله فيه الخيار بغير محضر من البيِّع، لم يصح فسخه.

مسألة : [قبول الموصَىٰ له للوصية بعد أن ردَّها وعَزَله القاضي]

قال : (فإن أخرجه القاضي من الوصية حين ردَّها: لم يكن له أن يقبَلَها بعد ذلك).

لأن القاضي قد قام مقام الميت في التصرف عليه، فجاز له أن يُخْرِجَه منها حين ردَّها.

مسألة : [تصرف الوصي في بيع عروض الميت لقضاء الدين]

قال : (وللوصي أن يبيع عروض الميت، لقضاء ديونه، بغير محضر من غرمائه).

لأنه قائم فيها مقام الميت، فكما جاز للميت بيع ماله بغير محضرٍ من الغرماء، كذلك الوصي؛ لأنه يملك البيع وإن كره الغرماء.

مسألة : [تصرف الوصي في بيع مال الميت بما يتغابن الناس فيه]

قال : (ولا يجوز بيع الوصي لمال الميت إلا بما يتغابن الناس فيه).

وذلك لأنه يتصرف علىٰ الميت علىٰ وجه الاحتياط، فلا يجوز له إتلاف ماله، إذ كان منصوباً لحفظه.

وأيضاً فإن تصرفه في ماله من طريق الحكم؛ لأن أمر الميت منقطع، فأشبه الأب في تصرفه علىٰ الصغير، أنه مقصور علىٰ ما يُتَغَابن فيه.

مسألة : [تكرار لفظ الوصية]

قال : (ومَن أوصىٰ لرجلٍ بسُدُسِ ماله، ثم أوصىٰ بعد ذلك بسدس ماله في مجلس أو مجلسَيْن: فهو سدس واحد).

لأنه لما احتمل اللفظُ التكرارَ، واحتمل استباق السدس آخر، لم تثبت الوصية بالشك.

مسألة :

قال أبو جعفر : (وإذا أوصَىٰ له في أحد الوصيَّتَيْن بثلث ماله، كان له ثلث ماله، ودخل فيه السدس).

لأنه إذا احتمل دخول السدس فيه، واحتمل غيرَه: لم تثبت الزيادة بالشك، وجعلناه داخلاً في الثلث.

مسألة : [للوصي أن يحتال بمال اليتيم]

قال : (وللوصي أن يحتال بمال اليتيم[1]، إذا كان خيراً له).

لقول الله تعالىٰ: ﴿ وَلَا تَقْرَبُوا۟ مَالَ ٱلْيَتِيمِ إِلَّا بِٱلَّتِى هِىَ أَحْسَنُ ﴾[2]، فإذا رأىٰ ذلك خيراً لليتيم، فهو من الأحسن المأمور به.

وقال النبي صلىٰ الله عليه وسلم: «مَن أُحِيلَ علىٰ مليء فليَحْتَل»[3]،

---

(١) كما لو كان لليتيم دين علىٰ رجل، فأحال هذا الرجل المستدين الوصي علىٰ رجل آخر: كان للوصي أن يحتال، أي أن يقبل هذه الحوالة إذا كان خيراً لليتيم، كما لو كان المحال عليه مليئاً.

(٢) الأنعام: ١٥٢، الإسراء: ٣٤.

(٣) تقدم.

وعلىٰ عمومه ينتظم مالَ اليتيم وغيره، ولأن الخطاب لمَن له حق المطالبة بنصيبه.

وأيضاً: فإن الوصيَّ يتصرف في مال اليتيم علىٰ وجه الاحتياط، فإن كان ذلك إصلاحاً لليتيم فَعَلَ، وكما كان له أن يبيع ماله، وينقل حق اليتيم من العين إلىٰ الذمة بالولاية، جاز له أن يحتال به كالأب.

مسألة: [أوصىٰ بثلث ماله لرجلَيْن وكان أحدُهما ميتاً]

قال: (ومَن أوصىٰ بثلث ماله لرجلَيْن، فكان أحدُهما ميتاً: فالثلث للحي، عَلِمَ الموصي بموته، أو لم يعلم).

وذلك لأن الميت لا تصح له الوصية بحال، فلم يزاحم به الحيَّ الذي هو من أهل الوصية، فصار كقوله: ثلث مالي لفلان، وللحائط، فلا يمنع ذلك من استحقاق الثلث.

مسألة: [أوصىٰ بثلث ماله بين فلان وفلان وأحدهما ميت]

قال أبو جعفر: (ولو قال: ثلثُ مالي بين فلان وفلان، وأحدُهما ميت: لم يكن للحي إلا النصف[1]).

لأن لفظ الوصية لم يوجب له غير النصف، وليس ذلك كقوله: لفلان وفلان؛ لأن الثلث هاهنا موصَىٰ به لفلان، والآخر ملحَقٌ به علىٰ جهة المزاحمة به، فصار كقوله: ثلث مالي لفلان. إذا سكَتَ عليه.

ويدلُّك علىٰ ذلك: أنه لو قال: ثلث مالي لفلان، كانت وصيتُه صحيحة بالثلث، ولو قال: ثلث مالي بين فلان، وسكت: لم يستحق

---

(١) «ونصفه الباقي لورثة الموصي»، كما في مختصر الطحاوي ص١٦٣.

الثلث بهذا القول.

قال أبو جعفر: (وروي عن أبي يوسف أنه قال: إذا لم يَعْلَمْ بموته: فللحي نصف الثلث، والثلث الباقي لورثة الموصي).

وذلك لأنه إذا لم يعلم بموته، فقد قصد إلىٰ إيجاب نصف الثلث للحي؛ لأن الآخر كان عنده من أهل الوصية، وإذا عَلِمَ بموته: فوصيته لَغْوٌ، فلم يُعطَ الأول من وصيته شيئاً.

مسألة: [أوصىٰ بثلث ماله لأجنبي ولأحد ورثته]

قال أبو جعفر: (وإذا أوصىٰ بثلثه لأجنبي ولأحد ورثته: فللأجنبي نصف الثلث[1]).

لأن الوصية للوارث واقعة، وتلحقها الإجازة من بقية الورثة[2].

مسألة:

قال: **(ووصيُّ الجدِّ بمنزلة الجدِّ)**.

لأنه قائم مقامه، فيجوز تصرفه حسبما كان يتصرف الجد، كما أنَّ وصيَّ الأب بمنزلة الأب في التصرف، كذلك الجد.

---

(١) «وكان نصفه الباقي في حكم ما أوصىٰ به لأحد ورثته منفرداً»، كما في مختصر الطحاوي ص١٦٢.

(٢) «وإن لم يجز سائر الورثة: بطلت الوصية في حصة الوارث، وبقي نصف الثلث للأجنبي، ولا يكون جميع الثلث للأجنبي، لأن إضافته إلىٰ وارثه صحيحة، ألا ترىٰ أنه لو أجاز سائر الورثة جاز، وقد أوصىٰ لكل واحد بنصف الثلث، فيكون له ذلك»، كما في شرح مختصر الطحاوي للإسبيجابي ٢/ لوحة/ ٥٨.

مسألة : [تصرُّف وصيٍّ الأب علىٰ الكبير الغائب]

قال : (ولوصيِّ الأب أن يبيع العروض علىٰ الكبير الغائب[1]، ولا يبيع العَقَار).

وذلك لأن ولاية الوصي في هذه الحال، مقصورة علىٰ حفظ مال الميت، لا علىٰ التصرف؛ لأن تصرفه غير جائز علىٰ الكبير، وكلُّ ما كان فيه حِفْظٌ لمال الميت: جاز تصرفه فيه؛ لأن فيه حقاً للميت، يجوز أن يلحق الميت دَيْن، فيحتاج إلىٰ قضائه من المال.

ولا يبيع العَقَار؛ لأنه محفوظٌ لا يُخشىٰ عليه التَّلَف، ومَن أراد تحصين ماله وحفظه صرَفَه في شراء العَقار، وأما العروض فيُسرِعُ إليها التَّلَف، وحِفْظُ بدلها من الدراهم والدنانير أيسر وأبعد من التَّوَىٰ والفساد.

* (وليس للوصي أن يتَّجِرَ في شيءٍ من مال الميت إذا كان الوارث كبيراً وإن كان غائباً).

لما وصفنا من عدم ولايته علىٰ الكبير، فإن تصرفه محصور علىٰ حفظ المال فحسب.

مسألة : [تصرُّف وصيٍّ غيرِ الأب والجَدِّ]

قال : (ووصيُّ غير الأب والجد بمنزلة وصيِّ الأب علىٰ الكبير الغائب).

يعني مثل وصي الأم، والأخ، والعم، ونحوهم، وذلك لأنهم لا

---

(١) وهذا فيمن مات وقد أوصىٰ إلىٰ رجل، ولهذا الموصي الميت ولد كبير غائب، كما في مختصر الطحاوي ص/١٦٣.

يملكون التصرف علىٰ الصغير؛ لأن كلَّ واحد منهم قائم مقام الميت الموصِي، والميت لم يكن يملك التصرف علىٰ الصغير، فوصيُّه أحرىٰ أن لا يملك، وإذا كان كذلك، كانت ولايته مقصورة علىٰ حفظ مال الميت، علىٰ النحو الذي بيَّنَّاه في وصي الأب علىٰ الكبير الغائب.

مسألة :

قال : (ولوصيِّ الأب أن يتَّجِرَ في مال الصغير).

لقول الله تعالىٰ: ﴿ وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ ﴾[1]، وقوله تعالىٰ: ﴿وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْيَتَامَىٰ قُلْ إِصْلَاحٌ لَّهُمْ خَيْرٌ ﴾[2]، وقوله تعالىٰ: ﴿وَأَن تَقُومُوا لِلْيَتَامَىٰ بِالْقِسْطِ ﴾[3].

وأيضاً: فإنه قائم مقام الأب، وكما كان للأب أن يتَّجِر في مال الصغير، كذلك وصيُّه.

مسألة : [الوصية بالمنافع]

قال أبو جعفر : (والوصية بخدمة العبد، وبسُكْنىٰ الدار، وبثمرة النَّخْل، وبِغَلَّة العبيد، والعَقار جائزة).

قال أحمد : يعني في خدمة العبيد، وبسكنىٰ الدار إذا كانت الوصية بها لإنسان بعَيْنِه.

---

(١) الأنعام: ١٥٢، الإسراء: ٣٤.

(٢) البقرة: ٢٢٠.

(٣) النساء: ١٢٧.

فأما إن أوصىٰ بها للفقراء والمساكين: فإن الوصية لا تصح بهما في قول أبي حنيفة، وتصح في قول محمد.

وأما بِغَلَّة العبيد، والدَّار: فتصحُّ في قولهم جميعاً.

وفرَّق أبو حنيفة بين الوصية بالمنافع لفقراء بغير أعيانهم، وبينها إذا كانت بالمال، مِن قِبَلِ أنَّ الوصية بالمنافع للفقراء جاريةٌ مجرىٰ الإباحة والعاريَّة، إذ لم يستحقَّها واحدٌ بعينه.

ألا ترىٰ أنَّ الوصيَّ لو أسكنها فقيراً، أو أَخْدَمَه العبيد ساعةً: كان له أن يأخذها منه، فلم يستحق السكنىٰ والخدمة إلا علىٰ سبيل العاريَّة، والعاريَّةُ لا يستحق بها شيء، ألا ترىٰ أنه لو أوصىٰ بعاريةِ عبده أو داره لغير معيَّن لم تصح.

وأما إذا كانت وصية لإنسان بعَيْنه، فإنه يستحق المنافع، دون سائر الناس، وليس للوصي إخراجه منها، ولا صَرْفَها إلىٰ غيره، فجرىٰ مجرىٰ المنافع المستَحَقَّة بالعقود الموجِبَة لها.

وإنما جازت الوصية بالمنافع لمَّا كانت لأعيان، لقول الله تعالىٰ: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصَىٰ بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍ﴾[1]، وعمومُه يقتضي جوازها بالمنافع وغيرها.

وكما جاز تمليك المنافع بعقد الإجارة، جاز تمليكها بالوصية، وجهالتُها لا تمنع صحة الوصية؛ لأنها تجوز بالمجاهيل، ألا ترىٰ أنَّ الوصية بالثلث جائزة، وهو لا يدري كم يكون مقداره وقت الموت.

---

(١) النساء: ١٢.

مسألة : [الوصية بثمر البستان]

قال : (ولو أوصىٰ لرجل بثمرة بستانه، ثم مات وفيه ثمرة: فلا شيء للموصَىٰ له غيرها).

وذلك لأن هذه العين قد صحت الوصية فيها لا محالة، إذ كان الاسم ينتظمها، وما يُسْتَقْبَل حدوثٌ منها ليس في اللفظ دلالة عليه، فلم يدخل في الوصية.

* **قال** : (وإن مات وليس فيه ثمرة: فله ثمرته فيما يُسْتَقْبَل مادام حيّاً، ولا يُورَث ذلك عنه).

وإنما كان له ثمرته فيما يُسْتَقْبَل، من قِبَل أنه لمَّا لم تكن هناك في حال الموت، وفي حال صحة الوصية ثمرة، لم تَنْصَرِف الوصية إلا في المستَقْبَل؛ لأنا متىٰ أمكنَنَا تصحيح الوصية علىٰ حسب ما انتظمت من لفظها، لم نُبْطِلْها، وصُرفت الوصية، إذ كانت مما تصح الوصية به.

ولا تُورَث عنه؛ لأن الوصية كانت له، فلا يستحقها غيرُه، ألا ترىٰ أنه لو أوصَىٰ لرجل بخدمة عبده: لم يرثها عنه ورثتُه بعد موته.

مسألة : [الوصية بغلة بستان]

قال أبو جعفر : (ولو أوصىٰ له بِغَلَّة بستان: له ثمرتها الموجود منها، والمستقبَل جميعاً).

وأما الثمرة[1]، فإن اللفظ يتناول الموجودَ منها، ولا ينصرف إلىٰ

---

(١) أي لو كان أوصىٰ له بثمرة بستانه، كما في المسألة السابقة، لا بغلة بستانه.

المستقبَل، إلا بدلالة ما قال[١].

مسألة:

قال: (ولا تجوز وصية المسلم إلىٰ الذِّمِّي).

وذلك لأن الوصيَّ يتصرف من جهة الولاية، ولا وَلاء للكافر علىٰ المسلم، قال الله تعالىٰ: ﴿وَلَن يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾[٢].

وأيضاً: فإن الوصيَّ قائمٌ مقام الأب، ولو كان الأب كافراً، والصغير مسلماً: لم تكن له ولاية عليه، كذلك الوصي إذا كان كافراً.

وليست الوصية كالوكالة، لما وصفنا من أنَّ الوصية ولاية، والوكالة ليست بولاية، وإنما يتصرف الوكيل فيها من جهة الآمِر؛ لأن أمر الموكِّل باق.

قال أحمد: وقد قال محمد في كتاب القِسمة: الوصي الذمي جائز علىٰ الصغير المسلم، ما لم يُخْرِجْه القاضي منها.

فهذا يدل علىٰ أنَّ قوله: لا تجوز وصية المسلم إلىٰ الذمي: علىٰ معنىٰ الكَرَاهة[٣]، كما تُكْرَه شركة المسلم الذميَّ؛ لأنه يَسْتَحلُّ في دِيْنِه ما هو محظور في الشريعة، وتَصَرُّفُ الوصي عام، كتصرف الشريك والمضارِب، فإذا تصرَّف: جاز تصرُّفه، كما يجوز تصرف المضارِب

---

(١) أي ولفظ: (الغلة): يدل علىٰ الموجود منها والمستقبل.

(٢) النساء: ١٤١.

(٣) أي أنها تصح لكن مع الكراهة، وقد نص علىٰ صحتها غير واحد، كما بيَّن هذا ابن عابدين في حاشيته ٦/٧٠١.

والشريك الذمِّيَّيْن.

وتفارق الكراهة في باب الوكالة؛ لأن الوكالة مقصورة علىٰ ما سُمِّيَ فيها من التصرف.

مسألة : [أكل الوصيِّ من مال اليتيم]

قال أبو جعفر : (وليس للوصي أن يأكل من مال اليتيم قرضاً ولا غيرَه).

وذلك لقول الله تعالىٰ: ﴿ وَلَا تَقْرَبُوا۟ مَالَ ٱلْيَتِيمِ إِلَّا بِٱلَّتِى هِىَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُۥ ﴾[1]، وقال تعالىٰ: ﴿وَلَا تَأْكُلُوهَآ إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَن يَكْبَرُوا۟ ﴾[2].

وذلك عموم في النهي عن أكل مال اليتيم في سائر الأحوال.

وقال: ﴿وَأَن تَقُومُوا۟ لِلْيَتَـٰمَىٰ بِٱلْقِسْطِ﴾[3]، وقال: ﴿قُلْ إِصْلَاحٌ لَّهُمْ خَيْرٌ﴾[4]، وقال تعالىٰ: ﴿لَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَـٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ﴾[5]، وذلك ينفي أكْلَ مال اليتيم قرضاً، وغيره.

فإن قيل: روىٰ ابنُ لَهِيعَةَ قال: حدثني يزيد بن أبي حبيب قال: حدثنا أبو الخير مَرْثَد بن عبد الله اليَزَني «أنه سأل ناساً من الأنصار مِن أصحابِ

---

(١) الأنعام: ١٥٢، الإسراء: ٣٤.

(٢) النساء: ٦.

(٣) النساء: ١٢٧.

(٤) البقرة: ٢٢٠.

(٥) النساء: ٢٩.

النبي صلىٰ الله عليه وسلم عن قول الله تعالىٰ: ﴿وَمَن كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَن كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ﴾[١] الآية، فقالوا: فينا نزلت، إن الوصي كان إذا عَمِلَ في نخل اليتيم، كانت يده مع يده»[٢].

قيل له: يحتمل أن يكون مراده أنهم كانوا يفعلون ذلك قَبْلَ نزول الآية، ثم نزلت الآية، فمُنِعُوا.

وعلىٰ أنَّ الحديث لم يُرْوَ إلا من هذا الوجه، وهو إسنادٌ مطعون فيه، من جهة ابن لهيعة؛ لأنه ضعيف عندهم.

والأصول أيضاً تردُّ هذا التأويل؛ لأنهم لو أبيح لهم الأكل لأجل عملهم، لما اختَلَفَ الغنيُّ والفقير فيه، كما يختلفون في استحقاق أجرة ما يستأجرون عليه، فهذا تأويلٌ لا معنىٰ له.

وقد رُوي عن ابن عباس في تأويل هذه الآية غير ما في حديث ابن لهيعة، وهو «ما حدثنا عبد الباقي بن قانع قال: حدثنا محمد بن عثمان بن أبي شَيْبة قال: حدثنا مِنْجَاب بن الحارث قال: حدثنا أبو عامر الأَسَدي قال: حدثنا سفيان عن الأَعْمَش عن الحكم عن مِقْسَم عن ابن عباس قال: لما نزلت: ﴿وَمَن كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ﴾ قال: أُمِرَ والي اليتيم أن يستَعْفِفَ بغِنَاه، فلا يأكل من مال اليتيم شيئاً، ومَن كان فقيراً، فليقوِّت علىٰ نفسه

---

(١) النساء: ٦.

(٢) ينظر جامع البيان للطبري ٤/٢٦٠، وسيذكر المصنِّف بعد قليل أن إسناده مطعون فيه.

من ماله، حتىٰ لا يحتاج إلىٰ مال اليتيم»[١].

وروي نحو هذا التأويل عن مجاهد[٢] أيضاً من قوله.

فهذا يدل علىٰ أنَّ ما روي في حديث ابن لهيعة معناه: أنهم كانوا يأكلون من مال اليتيم إذا عَمِلُوا في نخله، حتىٰ نزلت الآية، فنَهَتْهُم عن أكله.

وقد دلَّت سنةُ رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم علىٰ صحة ما قلناه، وهو: ما حدثنا محمد بن أبي بكر البصري قال: حدثنا أبو داود قال: حدثنا أحمد بن سعيد الهَمْدَاني قال: حدثنا ابن وَهْب عن سليمان بن بلال عن ثَوْر بن يزيد عن أبي الغَيْث عن أبي هريرة أن رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم قال: «اجْتَنِبُوا السبعَ الموبقات، قيل: يا رسول الله! وما هُنَّ؟

قال: الشِّرْكُ بالله، والسِّحْر، وقتلُ النَّفْس التي حرَّم الله إلا بالحق، وأكلُ الرِّبا، وأكلُ مال اليتيم، والتولِّي يومَ الزَّحْف، وقَذْفُ المحصنات الغافِلات المؤمنات»[٣].

فعمَّ عليه الصلاة والسلام تحريمَ مال اليتيم، ولم يُخَصِّصْ فيه حالاً من غيرها.

ويدل عليه أيضاً: قولُ النبي صلىٰ الله عليه وسلم: «لا يَحِلُّ مال امرئٍ

---

(١) المستدرك للحاكم ٣٠٢/٢ ووافقه الذهبي علىٰ تصحيحه، وينظر الدر المنثور للسيوطي ٤٣٦/٢.

(٢) تفسير ابن كثير ٤٥٤/١.

(٣) هذه رواية أبي داود في سننه ٢٩٤/٣، والحديث في الصحيحين: البخاري ٣٩٣/٥، صحيح مسلم ٩٢/١.

مسلمٍ إلا بطيبةٍ من نفسه»[١].

وحدثنا عبد الباقي بن قانع قال: حدثنا الحسين بن عبد الحميد المَوْصِلِيُّ وخَلَف بن عَمْرو قالا: حدثنا مُعَلَّىٰ بن مَهْدي قال: حدثنا جعفر بن سليمان الضُّبَعِي عن أبي عامر الخَزَّاز عن عَمْرو بن دينار عن جابر بن عبد الله «أنَّ رجلاً قال: يا رسول الله! ممَّ أضربُ يَتِيمي[٢]؟

فقال: ممَّا كنتَ ضارباً منه ولدَكَ[٣]، غيرَ[٤] واقٍ مالَكَ بمالِه، ولا مُتَأَثِّل[٥] من ماله مالاً»[٦].

---

(١) تقدم.

(٢) في الأصل: (مما أضرب نفسي)، والتصويب من المعجم الصغير للطبراني ص١١٠ (٢٣٦)، وهو عند ابن عدي: (مم أضرب منه يتيمي)، وعند البيهقي من طريق ابن عدي: (مما)، ومن الطريق الآخر: (مم).

(٣) في رواية البيهقي ٦/٤: «أفأصيب من ماله؟»، وبذا يتضح المعنىٰ أكثر، حيث جاء الجواب عن هذا السؤال بقوله صلىٰ الله عليه وسلم «غيرَ واق...».

(٤) في رواية البيهقي ٦/٤: «أفأصيب من ماله؟» وبذا يتضح المعنىٰ أكثر، حيث جاء الجواب عن هذا السؤال بقوله صلىٰ الله عليه وسلم «غيرَ واق...».

(٥) معنىٰ: متأثل، كما قال ابن الأثير في النهاية ١/٢٣: «غير متأثل مالاً: أي غير جامع، يقال: مال مؤثل: أي مجموع ذو أصل»، وقال الخطابي في معالم السنن ٤/١٥١: «غير متأثل: أي غير متخذ منه أصل مال».

(٦) أخرجه ابن عدي في الكامل ٤/١٣٩٠، والبيهقي في السنن ٦/٤ من طريق ابن عدي، وذكر له شاهداً من طريق آخر باللفظ نفسه، وقال: هذا مرسل، وكأن البيهقي أراد تقوية الحديث بذكر هذا الشاهد، وأخرجه ابن حبان في صحيحه (موارد الظمآن) ص٥٠١ (٢٠٤٨)، والطبراني في المعجم الصغير ص١١٠ (٢٣٦)، وقال

=

فإن قيل: روىٰ حسين المعلِّم عن عَمْرو بن شعيب عن أبيه عن جَدِّه «أنَّ رجلاً قال: يا رسول الله! إني فقير ليس لي شيء، وليَ يتيمٌ، فقال: كُلْ من مالِ يتيمك، غيرَ مسْرِفٍ، ولا مُبَاذِرٍ، ولا متأثِّلٍ»[1].

فقد أباح له أَكْلَ مالِ اليتيم في حال الفقر.

قيل له: يحتمل أن يكون كان ولدَه، وسمَّاه يتيماً لفَقْدِه أمَّه؛ لأنه قد يُسمَّىٰ يتيماً مَن فَقَدَ الأمَّ صغيراً، ويسمَّىٰ به من فَقَدَ الأب؛ لأن اليتيم هو المُفْرَد من أحدِ أبوَيْه[2].

وكذلك سُمِّيت المرأة التي لا زوج لها: يتيمة، إذا كانت مفردة عن زوج[3].

وإذا كان كذلك، اقتضىٰ ظاهر اللفظ أن يكون ولدَه؛ لأنه قال: لي يتيم، فهو كقوله: لي ولد لا أمَّ له، فأباح له الأكلَ من ماله؛ لأنه فقير، ولولده مال، فاستحق عليه النفقة من ماله، وكذلك قولنا فيه.

فإن قيل: قد روي عن ابن عباس: أنه إذا احتاج: وَضَعَ يده، فأكَلَ من

الهيثمي في مجمع الزوائد ١٦٣/٨: «رواه الطبراني في الصغير، وفيه معلىٰ بن إبراهيم، وثقه ابن حبان وغيره، وفيه ضعف، وبقية رجاله ثقات».

(١) سنن أبي داود ٢٩٢/٣ وسكت عنه، سنن النسائي ٢٥٦/٦، سنن ابن ماجه ٩٠٧/٢. قال الحافظ ابن حجر في الفتح ٢٤١/٨: «إسناده قوي».

(٢) اليُتْم بالضم: الانفراد، وهذا هو أصل المعنىٰ، أو هو: فقدان الأب، كما في القاموس، وشرحه تاج العروس (يتم)، وقال الراغب في المفردات ص٥٥٠: «كل منفرد يتيم».

(٣) لسان العرب (يتم).

طعامه، ولا يَلبَس منه ثوباً[١].

وروي عن عمر بن الخطاب أنه قال: «يايَرْفَا[٢]: إني أنزلتُ مالَ الله بمنزلة مال اليتيم، إن احتجتُ أخذتُ منه، وإن أيسرتُ ردَدْتُه، وإن استَغْنَيْتُ استَعْفَفْتُ»[٣].

ورُوي عن عَبِيْدَة السَّلماني وأبي العالية أنه يأخذه قَرضاً[٤]، واستشهدوا بقوله: ﴿فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ﴾[٥].

وقال الشعبي: «هو بمنزلة المَيْتة، يتناولها عند الضرورة، فإذا أيسر قَضَاه، وإذا لم يوسِر، فهو في حِلٍّ»[٦].

قيل له: يحتمل أن يكونوا أباحوا أَخْذَه قرضاً عند الضرورة، وكما

---

(١) سنن البيهقي ٤/٦، الدر المنثور ٤٣٦/٢، وذكر ابن حجر في الفتح ٣٩٢/٥ أنَّ أصح الأقوال عن ابن عباس أنه قال: أكَلَ بقدر الحاجة.

(٢) «اسم حاجب عمر رضي الله عنه، بفتح تحتانية، وسكون راء، وفتح فاء، وبهمزه وتركها». اهـ من المغني في ضبط أسماء الرجال للفتني ص٢٧٥.

(٣) سنن البيهقي ٥/٦، الدر المنثور ٤٣٦/٤.

(٤) قول عبيدة أخرجه الطبري في جامع البيان ٢٥٥/٤، وقول أبي العالية في الطبري ٢٥٧/٤.

وأبو العالية هو رفيع بن مهران الرياحي، البصري، الإمام الفقيه المقرئ، الحافظ المفسر، من كبار التابعين، توفي رحمه الله سنة ٩٣هـ، له ترجمة في السير ٢٠٧/٤.

(٥) النساء: ٦.

(٦) جامع البيان للطبري ٢٥٦/٤.

يأخذه من مال غيره حين يخاف التَّلَف علىٰ نفسه، وكذلك نقول فيمَن خاف علىٰ نفسه التَّلَف من الجوع، ووَجَدَ مالَ يتيمٍ، لم يجد غيرَه، فله أن يتناولَه ويَضْمَنَه.

وقد روىٰ أبو جعفر في كتابه في أحكام القرآن[1] عن أبي حنيفة: أنه يأخذه قرضاً عند الحاجة، ثم يَقْضِيه، كما روي عن عمر وعَبِيْدَة وأبي العالية.

ولا أعرف هذه الرواية إلا من جهة أبي جعفر، فأَوْلىٰ الأشياء بنا، حَمْلُ معنىٰ الآية إذْ كانت متشابهة علىٰ المُحْكَم الذي لا تشابه فيه، وهو قوله: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا۟ مَالَ ٱلْيَتِيمِ إِلَّا بِٱلَّتِى هِىَ أَحْسَنُ﴾[2]، وقوله تعالىٰ: ﴿وَلَا تَأْكُلُوهَآ إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَن يَكْبَرُوا۟﴾[3].

* **قال أبو جعفر**: (وروي عن أبي يوسف: أنَّ قوله تعالىٰ: ﴿فَلْيَأْكُلْ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾[4]، يجوز أن يكون منسوخاً بقوله: ﴿لَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾[5]، ذكره في أحكام القرآن[6].

---

(١) مخطوط، كما تقدم في ترجمته.

(٢) الأنعام: ١٥٢، الإسراء: ٣٤.

(٣) النساء: ٦.

(٤) النساء: ٦.

(٥) النساء: ٢٩.

(٦) ومثل هذا عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: (فليأكل بالمعروف) نَسَخَتْها: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَٰلَ ٱلْيَتَٰمَىٰ ظُلْمًا﴾، كما في الدر المنثور ٤/٤٣٧.

مسألة : [تصرُّف الوصيَّيْن في مال اليتيم]

قال أبو جعفر : (وللوصيَّيْن أن يأخذا مالَ اليتيم، فيكون في يد كلِّ واحدٍ منهما النصف إن كان مما يُقْسَم، وإن كان مما لا يُقْسَم: كان في يد كلٍّ واحدٍ منهما يوماً بالمهايأة، ولهما أن يودِعَاه إن شاءا ذلك).

وذلك لأنهما مأموران بالامتثال والحفظ، فلهما أن يحفظاه علىٰ حسب الإمكان.

* * * * *

كتاب الوَدِيْعَة

مسألة :

قال أبو جعفر : (والوديعةُ أمانةٌ غيرُ مضمونة).

قال أبو بكر أحمد : ولا اختلاف فيه بين فقهاء الأمصار[١]، وقد حدثنا عبد الباقي بن قانع قال: حدثنا إسماعيل بن الفُضَيْل قال: حدثنا قُتَيْبَة قال: حدثنا ابن لَهِيعَة عن عَمْرو بن شعيب عن أبيه عن جده أنَّ رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم قال:

«مَن استُودِعَ وديعةً، فلا ضمان عليه»[٢].

وروىٰ أبو الزبير عن جابر «أنَّ رجلاً استُودِعَ متاعاً، فذَهَبَ من بين مَتَاعه، فلم يُضَمِّنْه أبو بكر الصديق، وقال هي أمانة»[٣].

فإن قيل: روىٰ الشعبي عن أنس قال: «استَحْمَلَني رجلٌ بِضَاعة،

(١) الإشراف لابن المنذر ٢٥١/١، بداية المجتهد ٣١١/٢.

(٢) سنن الدارقطني ٤١/٣ وقال: «عمرو، وعبيد ضعيفان، وإنما يُروىٰ عن شريح القاضي غير مرفوع».اهـ، سنن ابن ماجه ٨٠٢/٢ وفي الزوائد: «إسناده ضعيف، لضعف المثنىٰ، والراوي عنه».اهـ، سنن البيهقي ٢٨٩/٦ وقال: إسناده ضعيف.

(٣) سنن البيهقي ٢٨٩/٦ من طريق سعيد بن منصور في سننه، وإسناده ضعيف، كما في التلخيص الحبير ٩٨/٣.

فضاعَت من بين ثيابي، فضَمَّنَني عمرُ بن الخطاب»[١].

وروىٰ هشام بن حسَّان عن أنس بن سيرين عن أنس بن مالك قال: «استُودِعْتُ ستةَ آلاف، فذهَبَتْ، فقال عمر: ذَهَبَ لكَ معها شيء؟ قلتُ: لا، فضمَّنَني»[٢].

قيل له: يحتمل أن يكون خالَف أمر المودِع خلافاً يوجِب عليه الضَّمَان، فأَخَذَه عمر باعترافه بالخلاف، وألزَمَه الضمان[٣].

ويدل علىٰ نفي ضمانها: قولُ الله تعالىٰ: ﴿مَا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ مِن سَبِيلٍ﴾[٤]، وهو مُحْسِنٌ في حِفْظ مال أخيه المسلم إذا استَحْفَظه إياه.

وقال: ﴿وَتَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ﴾[٥].

مسألة: [ضمان المودَع إن لم يردَّ الوديعةَ بطلب المودِع]

قال أبو جعفر: (ومَن أَوْدَعَ رجلاً شيئاً، ثم سأله الردَّ إليه، فأَبَىٰ ذلك عليه، ومَنَعَه: ضَمِنَه).

وذلك لأنه صار غاصباً بالمَنْع، إذ ليس له الإمساك في هذه الحال،

---

(١) مصنف عبد الرزاق ٨/١٨٢، سنن البيهقي ٦/٢٨٩-٢٩٠.

(٢) ينظر الحاشية السابقة.

(٣) وقال البيهقي في سننه ٦/٢٩٠: «يحتمل أنه كان فرَّط فيها، فضمنها إياه بالتفريط».اهـ

(٤) التوبة: ٩١.

(٥) المائدة: ٢.

كما ليس للغاصب ذلك، فضَمِنَ، وقد قال الله تعالىٰ: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا۟ ٱلْأَمَـٰنَـٰتِ إِلَىٰٓ أَهْلِهَا﴾[1].

وقال رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم: «المِنْحَةُ مردودة»[2]، فإن لم يردَّها عند المطالبة بالردِّ، صار بمَنْعه ضامِناً.

مسألة: [سفر المودَع بالمال]

قال: (وللمودَع أن يَخرج بالمال).

لأنه قد أمره بالحفظ علىٰ الإطلاق، فله أن يحفظه كيف شاء، في السفر والحَضَر.

قال أحمد: قد روىٰ بشر بن الوليد عن أبي يوسف عن أبي حنيفة: أنَّ له أن يحمِلَها معه في السفر وإن كان لها حَمْل ومُؤْنَة.

وقال أبو يوسف: إن كان شيئاً كبيراً يلزم في حَمْله مؤنة عظيمة: ضَمَّنَه إن أخرجها إلىٰ بلد آخر.

وروىٰ هشام عن محمد: أنه إن كان له حَمْل ومؤنة، ضَمِنَ بالإخراج إلىٰ سفر، وإن لم يكن له حمْل ولا مؤنة: لم يَضْمَن[3].

مسألة: [دفع المودَعِ الوديعةَ إلىٰ عياله]

قال أبو جعفر: (وله أن يدفَعَها إلىٰ مَن شاء مِن عِياله).

---

(١) النساء: ٥٨.

(٢) تقدم.

(٣) قال الميداني في اللباب ١٩٩/٢: «وظاهر الهداية ترجيح قولهما، بتأخير دليلهما». اهـ، والمسألة في الهداية ٢١٧/٣.

وذلك لأنه مأمورٌ بالحفظ، وهو لا يصل إليه إلا بعياله، فقد تضمَّن أمرُه بالحفظ دفعه إلىٰ عياله.

مسألة: [مخالفة المودَع المودِع]

قال: (وإن نهاه المودِع أن يخرج به، فخرج به: ضَمِنَ).

وذلك لأن لنهيه فائدة، فعَمِلَ النهي، ألا ترىٰ أنَّ حال السفر أكثر غَرَراً من الحضر، فإذا خَرَجَ به: لم يكن ممسكاً له بالأمر، فضَمِنَ.

* **قال**: (وإن نهاه أن يدفَعَه إلىٰ أحد من عياله، فدفَعَه إليه، فإن كان لا بُدَّ له منه: لم يَضْمَن، وإن كان له منه بُدٌّ: ضَمِنَ).

وذلك أنه إذا لم يكن له منه بُدٌّ، فنهيُه لَغْوٌ مع الأمر بالإمساك والحفظ، إذ لا يَصِلُ إلىٰ حِفْظه إلا بذلك، ألا ترىٰ أنه لو نهاه أن يضعه في بيته، أو في صُنْدُوقه: لم يعمل نهيُه؛ لأنه لا يَصِلُ إلىٰ الحفظ إلا من هذا الوجه.

وإن كان له منه بُدٌّ، صار كالأجنبي، فَعَمِلَ نهيُه، كما يعمل في دفعه إلىٰ الأجنبي.

* **قال**: (فإن أَمَرَه أن يَجْعَلها في داره، ونهاه أن يجعلها في دارٍ أخرىٰ: عَمِلَ نهيه).

لأنه قد يُتَوَصَّلُ إلىٰ حفظها بوضعها في الدار المأمور بوضعها فيها، والدَّاران قد تختلفان في الحِرْز والحَصَانة.

ويدل علىٰ اختلاف حكمهما: أنه لو سَرَق من إحدىٰ الدَّارَيْن، فأخرجه إلىٰ الأخرىٰ: قُطِعَ، فصارتا حِرْزَيْن مختلِفَيْن.

وليس ذلك مثل البَيْتَيْن في دارٍ واحدة، فلا يعمل نهيُه؛ لأنهما لا

يتفاوتان في كونهما حِرْزين، بل هما حِرز واحد، فكأنهما بيت واحد.

ألا ترىٰ أنه لو سَرَقَ من أَحَد البيتَيْن، فأخرجه إلىٰ الآخر: لم يُقْطَع، فكانا جميعاً حِرْزاً واحداً، فصار كقوله: ضَعْها في هذا الجانب من البيت، ولا تَضعْها في الجانب الآخر، فلا يعمل نهيُه، كما لو قال: ضَعْهَا في هذا الموضع من الصُّنْدُوق، ولا تَضَعْها في الجانب الآخر، أو قال: أمْسِكْهَا بيمينك دون يَسَارك: لم يعمل نهيُه، ولم يَضْمَن لمخالفته إياه.

مسألة : [حكم الوديعة إن مات المودَع مجهِّلاً لها]

قال أبو جعفر : (مَن مات وعنده وديعة لا تُعرف بعَيْنِها، ولم يُعْلَم لها ضَياعٌ منه في حياته، ولم يُعلَم مِن الذي كانت في يده دَعوىً للضياع، أو الردِّ: فقد صارت دَيْناً في ماله).

قال أبو بكر أحمد : وذلك لأن الأصل أنها باقية في يده إلىٰ أن مات؛ لأنَّا لا نَعلَم الهلاك، بل قد حكَمْنا به مالاً للميت؛ لأنَّا في حُكْمنا بجميع ما في يده مِلكاً له، فقد ملَّكْنَاه الوديعةَ، ولا يجوز أن نُمَلِّكه مالَ الغير بغير بدل، فلذلك لَزِمه ضمانه.

وأيضاً: فإنه حين أمكنه البيان في حياته، فلم يبيِّن، صار مضيِّعاً لها، والمودَع يضمن بالتضييع.

قال أبو جعفر : (ولو عُلِمَ سلامتها بعد موت المودَع، ووقوعها في يد وصيِّه: صار الوصي مؤتَمَناً فيها، وكان في الأمانة فيها كالميت في ذلك).

وذلك لأنها لما عُرِفَتْ بعَيْنِها بعد الموت، لم يُحكم لها مالاً للميت، ولم يقع من الميت أيضاً تفريط يؤدي إلىٰ تَلَفِها، ولَمَّا حصل في يد الوصي، قام مقام الميت في حفظها؛ لأن يده يد الميت، وله إمساكها، فلم تُضْمَن.

مسألة : [طلب أحد المودِعِيْن نصيبه من الوديعة]

قال أبو جعفر : (ومَن استَودعه ثلاثةُ نَفَرٍ ألفَ درهم، ثم جاء أحدُهم يطلب حصته فيها، ولم يحضُر صاحِبَاه: لم يكن عليه أن يعطيَه منها شيئاً في قول أبي حنيفة).

قال أحمد : قد ذَكَرَ أبو الحسن رحمه الله في «المختصر» الدوابَّ والثيابَ والعبيدَ علىٰ الخلاف بمنزلة الدراهم، وذلك لأن كلَّ جزء منه بينهم فليس يخلو ما يأخذه الحاضر مِن أن يكون نصيبه، فيتميَّز بالأخذ نصيبه من نصيب صاحبه، وتقع القسمة فيه، وأن يكون كل جزء مما يأخذه بينه وبين صاحبه علىٰ ما كان، فإن أوقعنا القسمة، كُنَّا قد قسمناها علىٰ الغُيَّب من غير حضور وكيلٍ لهم في القسمة، ولا يجوز للمودَع أن يقاسم عليهم؛ لأنه لم يوكَّل بالقسمة.

وإن كان ما يأخذه الحاضر بينهم علىٰ الشركة، فقد أعطاه نصيبَ الغائب بغير إذنه، وهذا لا يجوز.

* (وقال أبو يوسف ومحمد: يعطيه نصيبَه)، علىٰ شريطة سلامة الباقي للغائبَيْن، فإن حَضَرَا، فأَخَذَا نصيبَهما، سَلَّم للأول ما أخذه، وإن تَلِفَ الباقي قبل أن يقبِضا حقَّهما: شاركا الأول فيما قَبَضه.

كدَيْنٍ بين ثلاثة رجال علىٰ رجل، فحَضَرَ أحدُهم، فإنه يقضي له بنصيبه، فإن حضر الغائِبَان، فأَخَذَا نصيبَهما من الغريم: فذاك، وإلا: رَجَعَا علىٰ القابِض فشاركاه فيما قَبَض.

والانفصال لأبي حنيفة من مسألة الدين: أنَّ ما يأخذه الحاضرُ مِن العَيْن: فهو بينهما، وما يأخذه من الدَّيْن: فهو نصيبه خاصة، إلا أنَّ لصاحبه فيه حق الشريك.

ألا ترىٰ أنَّ هذه العين كانت مِلكاً للغريم قبل تسليمها إلىٰ الحاضر، فإذا مَلَّكَها إياه علىٰ أنها نصيبَه، كانت مِلكاً له، ولصاحبه فيه حق الشركة، لامتناع جواز قسمة الدَّيْن.

وكان شيخُنا أبو الحسن رحمه الله يحكي عن محمد أنه قال: قول أبي حنيفة في هذه المسألة أَقْيَسُ، وقول أبي يوسف أَوْسَعُ.

مسألة: [ضمان وديعةٍ أودعها المودَعُ آخرَ، فضاعت]

قال أبو جعفر: (ومَن استودَعَ رجلاً وديعةً، فأودَعَها المودَعُ رجلاً آخر، فضاعت منه: فإن لصاحبها أن يُضمِّنَها المودَع الأول، وليس له أن يضَمِّنَها المستودَع الثاني في قول أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف ومحمد: يُضمِّنها أيَّهما شاء، فإن ضمَّن الأول: لم يرجِعْ علىٰ الثاني، وإن ضمَّن الثاني: رَجَعَ علىٰ الأول).

وجه قول أبي حنيفة: أن قَبْض الثاني واقع للأول، بدلالة أن ما يَلحَقُه به من الضمان يَرجع به عليه، ولا يجوز أن يتعلَّق بقبضٍ واحدٍ ضمانٌ علىٰ اثنَيْن، وذلك لأن الضمان سببٌ يتعلق به حكم التمليك، فلا جائز تعلُّق هذا المعنىٰ علىٰ اثنَيْن بقبضٍ واحد، كما لا يجوز أن يتعلَّق بعقدٍ واحد حُكْم الملك لاثنَيْن في جميع المعقود عليه.

وليس هذا كالغاصب إذا أُودِعَ، فيكون للمغصوب منه أن يضمِّن أيَّهما شاء في قولهم، مِنْ قِبَل أن هناك قبضَيْن، تعلَّق الضمان فيه بكل واحد علىٰ حِدَة، وفي مسألتنا قبض واحد.

فإن قال قائل: هلاَّ ضمَّنتَ المودَع الأول بالتسليم، والثاني بالقَبْض.

قيل له: تسليمه إليه لا يوجب الضمان ما لم يقبض الثاني، فعَلِمْنا أن الموجِب للضمان هو قبض الثاني.

وأيضاً: فلما كان قابِضاً له، سقط فيه اعتبار الضمان بالتسليم، وتعلَّق الضمان بالقبض، وقد وَجَبَ به الضمان علىٰ الدافع، فامتَنَعَ وجوبُه علىٰ المدفوع إليه، كما وصفنا.

فإن قيل: فلو دَفَعَ إلىٰ رجلٍ دراهم يشتري له بها عبداً، فاشترىٰ بها أَمَةً، أو دابَّةً، أو شيئاً مما يخالف فيه الآمِر، وسلَّمَها إلىٰ البيِّع، كان للموكِّل أن يضمِّن إن شاء الوكيل، وإن شاء البيِّع، ومعلوم أن الوكيل إنما ضَمِنَها بقبض البيِّع، وكذلك البيِّع تعلَّق عليه الضمان بذلك القبض بعينه، فقد صار قبضاً واحداً، موجِباً للضمان علىٰ اثنَيْن.

وكذلك لو أنَّ رجلاً أَكْرَه رجلاً حتىٰ يسلِّم ماله إلىٰ رجل، فسلَّمه، والقابِضُ غيرُ مُكْرَه، كان للمُكْرَه أن يضمِّن أيَّهما شاء، إن شاء ضمَّن الذي أَكْرَه، وإن شاء ضمَّن القابض، فقد تعلَّق بقبضٍ واحد الضمان علىٰ اثنين.

قيل له: ليس هذا من مسألتنا في شيء، مِن قِبَل أنَّا قد بيَّنَّا في بَدْءِ اعتلالنا، أن المودَع الثاني قابض للأول، فامتنع أن يجب بقبضه الضمان علىٰ الثاني، وقد وَجَبَ به الضمان علىٰ الثاني، وفيما سألت[1]: البيِّع قابض لنفسه علىٰ الأول.

ألا ترىٰ أن ما يلحقه من الضمان لا يرجع به علىٰ الآخر، فلم يمنع وجوب الضمان علىٰ القابض بقبضه، وعلىٰ الآخر، وكذلك القابض من المُكرَه قَبَضَه لنفسه بالتسليم، إذ لم يكن تسليمه واقعاً لنفسه.

وفي مسألة المودَع، التسليم واقع للأول، وقد وَجَبَ الضمان عليه

(١) أي وجواب ما سألت عنه فيما لو دفع إلىٰ رجل دراهم... كذا.

بقبض الآخر، فسقط اعتبار حكم التسليم، فلذلك افترقا.

(وقال أبو يوسف ومحمد: يضمِّن الأولَ بالتسليم، والثاني بالقبض).

مسألة : [شكُّ المودَع في مدَّعِيَيْن لوديعةٍ أيَّهما أودَعَه؟]

قال أبو جعفر : (ومَن كان في يده ألف درهم، فحَضَره رجلان، كلُّ واحد يدَّعي أنه أودَعَه، فقال: أودَعَني أحدُكُمَا، ولا أدري أيَّكما هو؟ فإنه يُسْتَحلَفُ لهما).

وذلك أنَّ كلَّ واحد منهما لو أقَرَّ له به علىٰ انفراد، صحَّ إقراره له.

* (فإذا حَلَفَ لهما: بَرِئ، ولم يكن لهما غيرُ الألف التي في يده).

لأنه لم يُقِرّ بغيرها.

* **قال** : (فإن أبىٰ أن يحلف لهما: كانت الألف بينهما، وغَرِمَ لهما مثلها، وكانت بينهما).

وذلك لأن النُّكُول بمنزلة الإقرار، فصار كإقراره لكلِّ واحدٍ منهما، فيستَحِقَّانه نصفَيْن، ثم يَغْرَم لهما ألفاً أخرىٰ؛ لأنَّ كل واحدٍ منهما يقول: قد استهلكتَ عليَّ ما أقررتَ به للآخر.

* * * * *

باب قِسْمَة الغَنَائِم والفَيء[١]

مسألة : [في الغنيمة الخُمُس]

قال أبو جعفر : (وفي الغنيمة الخُمُس التي ذكر الله تعالىٰ فيها، يُوضَع في مواضعه التي يَجِبُ وَضْعُه فيها).

وذلك لقول الله تعالىٰ: ﴿وَٱعۡلَمُوٓاْ أَنَّمَا غَنِمۡتُم مِّن شَيۡءٖ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ﴾[٢] الآية.

مسألة : [قسمة الخُمُس]

قال أبو جعفر : (والمشهور عن أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد أنه يُقْسَم علىٰ ثلاثة أصناف، وهي: اليَتَامىٰ، والمساكين، وأبناء السبيل.

قال : وقد روىٰ أصحاب الإملاء عن أبي يوسف عن أبي حنيفة: أنه يُقْسَم في ذي القُربىٰ، واليتامىٰ، والمساكين، وابن السبيل».

(١) «الغنيمة: اسمٌ لما أُخذ من أموال المشركين بقتال... وأما الفيء فهو: كل ما صار من أموال المشركين إلىٰ المسلمين بغير قتال»، كما في أحكام القرآن للجصاص ٣/٧٤، وينظر الدر المختار مع حاشية ابن عابدين ٤/١٣٧، المغرب ٢/١١٤.

(٢) الأنفال: ٤١.

قال أحمد: اختلف السلف[١] في قسمة سهام الخُمُس في الأصل:

فقال قائلون: كانت القسمة علىٰ ستة أسهم: سهمٌ لله، وسهم للرسول صلىٰ الله عليه وسلم، وسهم لذوي القُربىٰ، وسهم لليتامىٰ، وسهم للمساكين، وسهم لأبناء السبيل.

فقالوا: السهم الذي كان لله، : يُصْرَف إلىٰ الكعبة.

وقال آخرون: لم يكن لله سهم مفرَد في الخُمُس، وذِكْرُ الله له في هذا الموضع له وجهان:

أحدهما: علىٰ جهة التبرُّك بذكر الله، وافتتاح الكلام به، كما يُبْتَدَأ باسم الله في سائر الأمور تبرّكاً، فابتَدَأ بذكر اسم الله لنفعل مثلَه في أمورِنا تبرُّكاً به.

والآخر: أنه أخبر أن الخُمُس لله، بمعنىٰ أنه مصروفٌ في جهات القُربة إلىٰ الله، ثم بيَّن جهات القُربة إليه، وفسَّرها بما ذكر بعد، قالوا: فكانت القسمة في الأصل علىٰ خمسة.

[قسمة سهم الرسول صلىٰ الله عليه وسلم]

ثم اختلفوا بعد ذلك في سهم الرسول صلىٰ الله عليه وسلم بعد موته،

فقال قائلون من السلف: هو لقَرَابته مِن بعده.

وقال آخرون: هو لخليفته من بعده.

(١) بَحَث المؤلف رحمه الله هذه المسألة في أحكام القرآن بتوسع ٣/٦٠-٦٦، وينظر جامع البيان للطبري ١٠/١.

وقال الحسن بن محمد بن علي[١] رضي الله عنهم: أجمعوا علىٰ صَرْف هذَيْن السَّهْمَيْن في السِّلاح والكُرَاع[٢] في سبيل الله، يعني سهم الله، وسهم الرسول صلىٰ الله عليه وسلم.

وقال آخرون: سَقَطَ سهم الرسول صلىٰ الله عليه وسلم بموته، كما سَقَطَ سهمه مِن جملة الغنيمة، ومن الصَّفِيّ[٣]، ولأن السهم إنما يستحقه الحيُّ، ثم يُورَث عنه بعد صحة مِلكه، أو يموت حقُّه فيه، فأما بعد الموت، فلا يستَحِق أحدٌ سهماً، لاتفاق الجميع[٤] علىٰ سقوط سائر ما كان له في حياته من السهام.

[قسمة سهم ذوي القُربىٰ]

ثم اختلفوا في سهم ذوي القُربىٰ:

فكان من أصحابنا مَن يقول: إنما كان ذلك لقرابة النبي صلىٰ الله عليه وسلم، الذين نَصَرُوه، فكانوا يستحقُّون السَّهْم لمعنَيَيْن: النُّصْرة،

---

(١) الحسن بن محمد بن علي بن أبي طالب الهاشمي، المدني، أبوه ابن الحنفية، ثقة فقيه، من التابعين، توفي رحمه الله سنة مائة أو قبلها بسنة، له ترجمة في طبقات ابن سعد ٣٢٨/٥، تقريب التهذيب ص١٦٤ (١٢٨٤).

(٢) «الكُرَاع: سمي به الخيل خاصة، وعن محمد – بن الحسن –: الكراع: الخيل والبغال والحمير»، كما في المغرب ٢١٥/٢.

(٣) الصفي: ما كان يأخذه رئيس الجيش، ويختاره لنفسه من الغنيمة قبل القسمة، ومن هذا: صفية بنت حيي، اصطفاها صلىٰ الله عليه وسلم له من غنيمة خيبر، كما في النهاية لابن الأثير ٤٠/٣، المغرب ٤٧٦/١، وينظر سنن أبي داود، الخراج، باب ما جاء في سهم الصفي ٣٩٧/٣.

(٤) لم أقف علىٰ تخريجه.

والقرابة جميعاً.

واستدلَّ مَن قال ذلك: بأن «عثمان بن عفَّان، وجُبَير بن مُطْعِم لما سألا النبيَّ صلىٰ الله عليه وسلم عن اختصاصه بذلك بني المطلب، دون بني عبدِ شَمْس، وبني نَوْفَل، وقالا: أما بنو هاشم فلا يُنْكَر فَضْلُهم، لقَرَابَتِهم منك، ونحن وبنو المطلب سواءٌ في القُرْب منك[1]؟

فقال النبيُّ صلىٰ الله عليه وسلم: إن بني المطلب لم يفارِقُوني في جاهليةٍ ولا إسلام»[2].

فأخبرَ أنهم استحقُّوا السهمَ بالنُّصْرة والقرابة جميعاً، فلما لم يجتمعا، لم يستحقُّوه، فمَن جاء بعد ذلك من القرابة، فقد عُدِمَت منه النُّصرة، فحينئذ إنما يستحقه بالفقر دون غيره[3]، ولا حقَّ للأغنياء فيه.

---

(١) «كان عثمان رضي الله عنه من بني عبد شمس، وجبير رضي الله عنه من بني نوفل، وعبد شمس ونوفل وهاشم والمطلب سواء، الجميع بنو عبد مناف، فهذا معنىٰ قولهما: ونحن وهم منك بمنزلة واحدة، أي في الانتساب إلىٰ عبد مناف»، كما في فتح الباري لابن حجر ٦/٢٤٥.

(٢) أخرجه البخاري باختصار في صحيحه ٦/٢٤٤، وأخرجه أبو داود في سننه ٣/٣٨٢، سنن النسائي ٧/١٣١ وفيه لفظ المؤلف: «لم يفارقوني في جاهلية ولا إسلام». قال ابن حجر في التلخيص الحبير ٣/١٠١ عن رواية أبي داود والنسائي: «قال البرقاني: وهو علىٰ شرط مسلم».

(٣) وبهذا قال الكرخي، وقيل: هو الصحيح، كما في الهداية مع الفتح ٥/٣٤٧-٣٤٨، وهو الذي نصره الجصاص، والقول الآخر الذي سيذكره المصنف، هو قول الطحاوي.

قال الخوارزمي في الكفاية ٥/٣٤٨ «قول الكرخي هو أنهم يستحقونه في زمن النبي =

وقال آخرون مِن أصحابنا: إن سهم ذوي القربىٰ في الأصل لم يَجِبْ إلا للفقراء منهم، ولم يكن قطُّ مستَحَقّاً باسم القرابة، دون الفَقْر.

قالوا: والدليل علىٰ ذلك أنَّ النبيَّ صلىٰ الله عليه وسلم أعطىٰ بني المطلب، ولم يعطِ بني عبدِ شَمْس، ولا بني نَوْفَل، وهم جميعاً في محلٍّ واحدٍ من القرابة، ولو كان مستَحَقّاً بالقُرب، لاستَحَقَّه الجميع، لتساويهم فيه.

ومن الدليل عليه أيضاً: أن الخلفاء الراشدين، وهم الخلفاء الأربعة، لم يُعْطُوا مِن سهم ذوي القُربىٰ الأغنياءَ منهم، وإنما أعطَوُا الفقراء[1].

قال ابن عباس فيما كَتَبَ به إلىٰ نَجْدَة[2]: «وسألتَ عن سهم ذوي القُربىٰ لِمَنْ هو؟ [وهو لنا أهل البيت][3]، وقد كان عُمرُ دعانا إلىٰ أن يُنْكِحَ منه أَيِّمَنا[4]

صلىٰ الله عليه وسلم بالنصرة، وبعده بالفقر أي يسقط الأغنياء بعد موته، ولا يسقط الفقراء، وهو الأصح، وقال الطحاوي رحمه الله سهم الفقير منهم ساقط أيضاً». اهـ.

(١) كما سيأتي في الصفحة التالية.

(٢) نَجْدة بن عامر الحروري، من الخوارج، انفرد عن سائر الخوارج بآراء، وخرج علىٰ عبد الله بن الزبير، مستقلاً باليمامة، ثم استقر في البحرين، وحارب جيش مصعب بن الزبير، وانتصر عليه، وأقام نحو خمس سنين، ثم قتله أصحابه بعد أن نقموا عليه لأمور، وقيل: قتله أصحاب ابن الزبير، وأخباره كثيرة، توفي سنة ٦٩هـ، له ترجمة في لسان الميزان ١٤٨/٦، الأعلام ١٠/٨.

(٣) ساقطة من الأصل، وقد أثبتها من سنن النسائي، قسم الفيء ١٢٩/٧، وبه يتم تسلسل الكلام.

(٤) «الأيامىٰ: الذين لا أزواج لهم من الرجال والنساء، الواحد منهما: أيّم، سواء كان تزوج من قبل أو لم يتزوج» اهـ، مختار الصحاح (أيم).

ويُحْذِي[١] منه عائِلَنَا[٢]، ويَقْضيَ منه غارِمَنا، فأَبيْنَا عليه إلا أن يسلِّمه لنا، وأبىٰ ذلك علينا قومُنا»[٣].

وقال محمد بن إسحاق: «سألتُ أبا جعفر محمد بن علي رضي الله عنه فقلت: ما صَنَعَ عليٌّ في سهم ذي القُربىٰ حين وَلِي؟ فقال: سَلَكَ به سبيلَ أبي بكر وعمر»[٤].

وإذا ثبت ذلك عن الخلفاء الراشدين، صار بحيث لا يمتنع خلافه، لقول النبي صلىٰ الله عليه وسلم: «عليكُم بسُنَّتِي، وسُنَّة الخلفاء الراشدين مِن بعدي، تمسّكوا بها، وعضُّوا عليها بالنَّواجِذ[٥]»[٦].

فلو لم يكن فيه غير اتفاق هؤلاء، لكان فيه غَنَاء وكفاية عن الاحتجاج بغيره، وهذا عندنا مما لا يسوغ الاجتهاد في مخالفته.

ويدل عليه قول النبي صلىٰ الله عليه وسلم: «اقْتَدُوا بالَّذِيْن مِن بَعدي

---

(١) في الأصل (يخدم)، والتصويب من سنن النسائي ١٢٩/٧، ويحذي: مِن أحذيته: إذا أعطيته، النهاية ٣٥٨/١.

(٢) العائل: الفقير، مختار الصحاح (عيل).

(٣) صحيح مسلم ١٤٤٦/٣، سنن النسائي ١٢٩/٧، سنن أبي داود ٣٨٤/٣ وسكت عنه، ولفظ المؤلف قريب جداً من لفظ النسائي.

(٤) سنن البيهقي ٣٤٣/٦، ونَقَل عن الإمام الشافعي ضَعْف هذه الرواية من ناحية المعنىٰ.

(٥) أي تمسّكوا بها، كما يتمسك العاضُّ بجميع أضراسه، النهاية ٢٠/٥.

(٦) جزء من حديث رواه أبو داود في سننه ١٤/٥، وسكت عنه، سنن الترمذي ٤٤/٥، وقال: حديث حسن صحيح، سنن ابن ماجه ١٦/١ المستدرك للحاكم ٩٦/١ ووافقه الذهبي علىٰ تصحيحه.

أبي بكر وعمر»[١].

فما اتفقا عليه فهو الحق، بقول النبي صلىٰ الله عليه وسلم.

فإن قال قائل: قوله تعالىٰ: ﴿وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي ٱلْقُرْبَىٰ وَٱلْيَتَٰمَىٰ﴾[٢]، يقتضي عمومُه وجوبَ السهم للفقراء والأغنياء منهم.

قيل له: هذا عندنا ليس بعموم، بل هو مُجْمَل[٣] لا يصح الاحتجاج به، لِمَا نبيِّنُه إن شاء الله.

وعلىٰ أنه لو كان عموماً، لكان ما قدَّمناه من الدلائل يخصه.

وإنما قلنا إنه ليس بعموم، وأنه مجمَلٌ موقوفُ الحكم علىٰ البيان، مِن قِبَل أنَّ قوله: ﴿وَلِذِي ٱلْقُرْبَىٰ﴾: لا يختصُّ بقرابة النبي صلىٰ الله عليه وسلم دون قرابة غيره، إذ كان الاسم يتناول الجميع، ألا ترىٰ أنَّ قولَه تعالىٰ: ﴿وَإِذْ أَخَذْنَا مِيثَٰقَ بَنِيٓ إِسْرَٰٓءِيلَ لَا تَعْبُدُونَ إِلَّا ٱللَّهَ وَبِٱلْوَٰلِدَيْنِ إِحْسَانًا وَذِي ٱلْقُرْبَىٰ﴾[٤]، لم يختص بقرابة نبيٍّ، دون غيره من الناس.

وقد كان يجوز أن يكون المراد به: قرابة الخليفة، أو قرابة الغانِمين،

---

(١) سنن الترمذي ٥/٦٠٩ وقال: حديث حسن، سنن ابن ماجه ١/٣٧، المستدرك ٣/٧٥ ووافقه الذهبي علىٰ تصحيحه.

(٢) الأنفال: ٤١.

(٣) العام: هو كل لفظ ينتظم جمعاً من الأسماء، لفظاً ومعنىٰ. أصول السرخسي ١/١٢٥، والمجمل: لفظ لا يُفهَم المراد منه إلا باستفسار من المُجْمِل، وبيانٍ من جهته. أصول السرخسي ١/١٦٨.

(٤) البقرة: ٨٣.

أو أمير الجيش.

وروىٰ قتادة عن الحسن أنَّ المراد به قرابة الخلفاء[١].

فلما لم يكن في الآية دلالة علىٰ تخصيص قرابة النبي صلىٰ الله عليه وسلم بذلك دون غيرهم، حَصَلَ اللفظُ مُجْمَلاً، مفتَقِراً إلىٰ البيان، فسقط الاحتجاج بعمومه.

فإن قيل: قد «أعطىٰ النبيُّ صلىٰ الله عليه وسلم العباسَ من سهم ذوي القربىٰ، وكان من الأغنياء»[٢].

فدل أنَّ الغنيَّ منهم يستحقه، وأنه غير مخصوصٍ بالفقراء.

قيل له: ليسَ معنا يقينٌ بأن العباسَ كان غنياً في الحال التي أعطاه النبي صلىٰ الله عليه وسلم مِن سهم ذوي القربىٰ، وليس كونه كان غنياً في وقتٍ ما، يوجب أن يكون غنياً أبداً.

وأيضاً: فجائزٌ أن يكون أعطاه ليفرِّقه علىٰ فقراء بني هاشم.

وإن صحَّ أنه أعطاه وهو غني، وأنه أَخَذَه لنفسه: كان وجهه أنه اجتمع له النُّصْرة، والقرابة، فاستَحَقَّه في حال الغِنَىٰ والفقر.

* ومن الدليل علىٰ أنه مستَحَقٌّ بالفقر دون غيره بعد النبي صلىٰ الله عليه وسلم: أنَّا وَجَدْنَا سائر مَن ذُكِرَ مع ذوي القربىٰ في الآية لم يستَحِقُّوه إلا بالفقر، وهم اليتامىٰ والمساكين وأبناء السبيل، والمعنىٰ فيه أنه سهم

---

(١) جامع البيان للطبري ١٠/٧.

(٢) قال ابن حجر في التلخيص الحبير ٣/١٠١: «ذكره الشافعي» اهـ، وهو في مختصر المزني ص١٥١.

من الخُمُس، وكلُّ جزء من الخُمُس لا يجوز أن يُسْتحَقَّ إلا بالفقر.

* ويدل عليه أيضاً: ما روي في الأثر: «أنَّ آلَ محمدٍ لما مُنِعُوا الصدقة، جُعِلَ لهم سهمٌ من الخُمُس»(١).

فلما أُبْدِلُوا من الصدقة سهماً، وكانت الصدقة مقصورة علىٰ الفقراء، وَجَبَ أن يكون السهم الذي أُقيم مقامَه، مقصوراً علىٰ الفقراء منهم دون غيرهم.

ويدل علىٰ ما ذكرنا أيضاً: ما روي أنه «قيل: يا رسول الله! ما تقول في الغنيمة؟ قال: خُمُسُها لله، وأربعةُ أخماسها للجيش»(٢).

فقوله: «الخمس لله»: يدل علىٰ أنه مصروفٌ في الفقراء؛ لأن ما أُطلِقَ

---

(١) في صحيح مسلم ٧٥٣/٢ قال صلىٰ الله عليه وسلم: «إن الصدقة لا تنبغي لآل محمد إنما هي أوساخ الناس، ادعوا لي مَحْمِيَّة (وكان علىٰ الخمس) وقال له: أَصْدِق عنهما – لرجلين من آل النبي صلىٰ الله عليه وسلم – من الخمس كذا وكذا» اهـ، أي ادفع لهما الصداق من الخمس، ورواه الطبراني في الكبير مرفوعاً إلىٰ النبي صلىٰ الله عليه وسلم قال: «لا يحل لكم أهل البيت من الصدقات شيء، إنما هي غسالة الأيدي، وإن لكم في خمس الخمس لما يغنيكم»، كما في نصب الراية ٤٠٤/٣، قال الهيثمي في مجمع الزوائد ٩١/٣: «فيه حسين بن قيس الملقب بحنش، وفيه كلام كثير، وقد وثقه أبو محصن» اهـ.

وكذلك رواه مرفوعاً الطبري في جامع البيان ٥/١٠، ورواه أيضاً في الموضع نفسه أثراً عن مجاهد، وكذلك ابن أبي شيبة في مصنفه ٢١٥/٣، ورواه مرفوعاً ابن أبي حاتم في تفسيره بإسناد حسن، كما في فتح القدير لابن الهمام ٢٤٥/٣.

(٢) أخرجه أبو عبيد في الأموال ص١٩، شرح معاني الآثار ٢٧٦/٣، جامع البيان للطبري ٤/١٠، وقد ذكره المؤلف بالمعنىٰ.

أنه لله من الأموال، فهو ما سبيله أن يصرَف إلىٰ الفقراء، لقوله تعالىٰ: ﴿وَءَاتُوهُم مِّن مَّالِ ٱللَّهِ ٱلَّذِىٓ ءَاتَىٰكُمْ﴾[١].

قيل: إن المراد به الزكاة.

وقال النبي صلىٰ الله عليه وسلم في اللُّقَطَة: «فإن جاءَ صاحبُها، وإلا فهي مالُ الله يُؤْتِيه مَن يَشاء»[٢]، يعني أنها تُصرفُ إلىٰ الفقراء.

مسألة : [قَسْمِةُ الفَيء]

قال أبو جعفر : (وأما الفَيء فيُقْسَم كله كذلك علىٰ ما ذكرنا، مما يُقْسَم عليه الخُمُس من الغنائم، في كل واحد من القَوْلَيْن الذي ذكرنا).

قال أحمد : قال أبو يوسف في جواب المسائل التي سأله عنها الرَّشِيد[٣]: «إن الفيء: الخراجُ عندنا خراجُ الأرض، لقولِ الله تعالىٰ: ﴿مَّآ أَفَآءَ ٱللَّهُ عَلَىٰ رَسُولِهِۦ مِنْ أَهْلِ ٱلْقُرَىٰ فَلِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِى ٱلْقُرْبَىٰ﴾[٤]، ثم

---

(١) النور: ٣٣.

(٢) تقدم.

(٣) هارون الرشيد بن المهدي محمد، من أنبل الخلفاء العباسيين، كان ذا حج وجهاد، وغزو وشجاعة ورأي، يحب العلماء، ويعظم حرمات الدِّين، توفي رحمه الله سنة ١٩٣هـ، له ترجمة في سير النبلاء ٢٨٦/٩، وكان الرشيد قد طلب من القاضي أبي يوسف رحمه الله أن يضع له كتاباً في الخراج، فألف له كتاب: (الخراج).

(٤) الحشر: ٧.

قــال: ﴿لِلْفُقَرَآءِ ٱلْمُهَـٰجِرِينَ﴾[١]، ثم قــال: ﴿وَٱلَّذِينَ تَبَوَّءُو ٱلدَّارَ وَٱلْإِيمَـٰنَ مِن قَبْلِهِمْ﴾[٢] وهم الأنصار، ثم قـال: ﴿وَٱلَّذِينَ جَآءُو مِنۢ بَعْدِهِمْ﴾[٣]، فهـذا لمَن جاء بعدَهم إلىٰ يوم القيامة»[٤].

فجعـل الفـيء عائـداً علـىٰ كافـة المـسلمين، حـسب منـازلهم في استحقاقهم.

وأجمع عمرُ بن الخطاب في جماعةٍ مِن الصحابة علىٰ وَضْـع الخـراج علىٰ الأرضين، وقد كان خالفَه منهم الزبيرُ وبـلال، فـاحتجَّ علـيهم بهـذه الآية، فرَجَعُوا إلىٰ قوله، وتَبيَّنوا طريقَ الحق فيه[٥].

قال أحمد: فإذا كان الفيء عنده الخراج، فليس هو إذاً مقسوماً علـىٰ ما يُقْسَم عليـه الخُمُـس، لأن الخُمُـسَ لا يـستَحِقُّه إلا الفقـراءُ، والخـراجُ مصروفٌ فيما يعود نَفْعُه علىٰ كافة أهل الإسلام[٦].

---

(١) الحشر: ٨.

(٢) الحشر: ٩.

(٣) الحشر: ١٠.

(٤) كتاب الخراج لأبي يوسف ص٢٥.

(٥) الخراج لأبي يوسف ص٢٥ وما بعدها، سنن البيهقي ١٣٨/٩.

(٦) هذا اعتراض من الجصاص علىٰ الطحاوي في عبارته: (أنَّ الفيء يُقسم كما تقسم الغنيمة)، ويبيِّن الجصاص أنَّ الخراج هو فيء أيضاً، كما في أحكام القرآن ٧٤/٣، ويُصرف في مصالح المسلمين، قال ابن عابدين في الحاشية ١٣٨/٤: «ما أُخِذ بالقتال والحرب: غنيمة، وما أُخذ بعده مما وُضع عليهم قهراً كالجزية والخراج: فيء... يوضع في بيت المال».اهـ

مسألة : [مصارِفُ الفَيْء]

قال أبو جعفر : (وما أُخِذَ من مال المشرك، وما لم يُوْجَف[١] عليه بخَيْل ولا رِكَاب، أو مِن خَراج الأرضين، أو من خَراج رقاب المشرِكين، أو من المختلفين من أهل الذمة، وأهل الحرب في التجارات في بلدان المسلمين، فإنَّ في ذلك كلِّه أرزاقَ القضاة، وسدَّ الثُّغُور، وأرزاقَ المقاتِلَة، وإصلاحَ الجسورِ والقناطرِ، وبناءَ المساجد، فما فَضَل بعد ذلك قَسَمَه الإمامُ بين المسلمين).

قال أحمد : الأصل فيه ما قدَّمنا[٢] من الآيات، وهي قوله تعالىٰ: ﴿مَّآ أَفَآءَ ٱللَّهُ عَلَىٰ رَسُولِهِۦ مِنۡ أَهۡلِ ٱلۡقُرَىٰ﴾ إلىٰ آخرها.

فجعل الفيء عائداً علىٰ الكافة، فينبغي أن يُصرف في هذه الوجوه التي ذكرها.

وكذلك فَعَلَ عمر[٣] بحضرة الصحابة، واتفقوا معه عليه.

مسألة : [الغَنيمة لمَنْ شَهِدَ القتال]

قال أبو جعفر : (ولا يَدخل في ذلك العبد، ولا الأعراب الذين لا يحضُرون القتال).

وذلك «لأن النبيَّ صلىٰ الله عليه وسلم لم يكن يُسْهِم للعبد، وكان

---

(١) ما أوجف المسلمون عليه: أي أَعْمَلوا خيلَهم أو ركابَهم في تحصيله، كما في المغرب ٢/٣٤٣.

(٢) في الصفحة السابقة.

(٣) مصنف عبد الرزاق ٤/١٥١-١٥٢، سنن البيهقي ٦/٣٥١.

يَرْضَخ[١] لهم»[٢].

وفي حديث علقمة بن مَرْثَد عن أبي يزيد عن أبيه «أنَّ النبي صلىٰ الله عليه وسلم قال في وصية الجيش: فإن أسلموا فلا شيء لهم في القسمة حتىٰ يشهدوا القتال»[٣].

مسألة: [إعطاء الإمام الناسَ علىٰ قَدْر الحاجة]

قال أبو جعفر: (ويُعطَىٰ الناسُ مِن ذلك علىٰ مقدار الحاجة).

وروي عن عمر بن الخطاب أنه قال: «والله الذي لا إله إلا هو، ما أحدٌ إلا وله في هذا المال حق، أُعطِيَه أو مُنِعَه، وما أحدٌ أحقُّ به مِن أحد إلا عبد مملوك، وما أنا فيه إلا كأحدهم، ولكنَّا علىٰ منازلنا مِن كتاب الله، وقَسْمِنَا مِن رسول الله، فالرجل وبلاؤه في الإسلام، والرجل وقَدَمُه في الإسلام، والرجل وغَنَاؤه[٤] في الإسلام، والرجل وحاجَته»[٥].

---

(١) الرَّضْخ: العطية القليلة، كما في النهاية ٢/٢٢٨، المصباح المنير (رضخ)، وهذا في اللغة، وأما في الاصطلاح فهو: عطية من الغنيمة دون السهم لمن لا سهم له، يجتهد الإمام في قدرها، ينظر طلبة الطلبة ص١٨٩، والزاهر للأزهري ص١٨٤، الموسوعة الفقهية الكويتية ٢٢/٢٥٧.

(٢) في صحيح مسلم ٣/١٤٤٦ بلفظ: «لم يكن لهم سهم معلوم إلا أن يُحذيا من غنائم القوم»، وبلفظ: يرضخ: في سنن أبي داود ٣/١٧٠، وسكت عنه.

(٣) سنن البيهقي ٩/٥٠ أخرج عن عمر رضي الله عنه: «الغنيمة علىٰ من شهد الوقعة»، وهو في مصنف عبد الرزاق بإسناد صحيح، كما في الفتح لابن حجر ٦/٢٢٤.

(٤) الغَنَاء: بفتح الغين والمد: هو النفع، تهذيب الأسماء للنووي ٣/٦٤.

(٥) مسند أحمد ١/٤٢، واللفظ قريب جداً منه، سنن أبي داود، وسكت عنه، =

مسألة : [للإمام التفضيل بين الناس في العطية]

قال أبو جعفر : (وله أن يفضِّل إن رأىٰ التفضيلَ، أو يسوِّيَ بينهم إن رأىٰ ذلك).

قال أحمد : هذا موكولٌ إلىٰ رأي الإمام واجتهاده في توخِّي المصلحة، وقد روي أنَّ أبا بكر الصديق رضي الله عنه كان يسوِّي بينهم[1]، ثم رأىٰ عمر رضي الله عنه التفضيلَ[2]، ثم حكي عنه أنه قال: إن عِشتُ إلىٰ قابلٍ لأجعلن الناس بَنَاناً واحداً، يعني شيئاً واحداً، وهذا يدل علىٰ أنه رأىٰ التسوية حين قال ذلك.

وروي عن علي رضي الله عنه أنه قال: يسوِّي بينهم في العطاء[3].

وهذا عندنا علىٰ أنه رأىٰ المصلحة في التسوية في ذلك الوقت.

مسألة : [تقسيم أربعة أخماس الغنيمة مما سوىٰ الأرضين]

قال أبو جعفر : (وأما أربعة أخماس الغنيمة مما سوىٰ الأرضين، فيُقْسَم بين الغانمين، ويُرْضَخْ للعبيد والنِّساء إذا حَضُروا القتال بأمر الإمام).

قال المنذري في تهذيبه ٤/٢٠٤: في إسناده محمد بن إسحاق اهـ. قال عنه ابن حجر في التقريب ص/٤٦٧ (٥٧٢٥): صدوق يدلس اهـ، وقد رواه هنا معنعناً، وأخرجه البيهقي في السنن ٦/٣٤٦ من طريق أبي داود.

(١) سنن البيهقي ٦/٣٤٨.

(٢) سنن البيهقي ٦/٣٤٨.

(٣) سنن البيهقي ٦/٣٤٩.

وذلك لقولِ الله تعالىٰ: ﴿وَٱعْلَمُوٓاْ أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَيْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ﴾[1].

فجَعَلَهُ غنيمةً لهم، واستثنىٰ منها الخُمُس، فيثبت أنَّ الباقي بعد الخُمُس للغانمين، كما قال الله تعالىٰ: ﴿وَوَرِثَهُۥٓ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ ٱلثُّلُثُ﴾[2]، عُلِمَ أنَّ الباقي للأب، وقد أكَّد ذلك بقوله تعالىٰ: ﴿فَكُلُواْ مِمَّا غَنِمْتُمْ حَلَٰلًا طَيِّبًا﴾[3].

ولا يُسهَم للعبيد والنِّساء، ويُرْضَخُ لهم، لما روي عن رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم[4].

ومسألةُ سهم الفارس والرَّاجِل، قد بيَّنَّاها بعدَ هذا الموضع في أبواب السِّيَر، وكذلك مسألة اعتبار حالِ الدخول في سهم الفارس.

مسألة: [سهم مَن مات من الغانمين في دار الحرب]

قال أبو جعفر: (ومَن مات في دار الحرب قبل إحراز الغنيمة في دار الإسلام، أو بيعِها، أو قِسْمَتِها: فلا سَهْمَ له).

قال أبو بكر أحمد: الغنيمة حكمُها علىٰ ثلاثة منازل:

ما لم تُحْرَز: لم يثبت فيها حقٌّ للغانمين، فإذا أُحْرِزَت: ثَبَت فيها الحق، ولم تُمْلَك، فإذا قُسِمَت: مُلِكَت.

(١) الأنفال: ٤١.

(٢) النساء: ١١.

(٣) الأنفال: ٦٩.

(٤) تقدم.

وإنما كان كذلك؛ لأنه صحَّ عندنا أنَّ جيشاً لو لَحِقَهُم في هـذه الحـال قبل الإحراز: شَرَكَهم فيها.

فإن مات منهم واحدٌ بعد إحراز الغنيمة في دار الإسـلام: كـان نـصيبُه لورثته؛ لأنه وإن لم يُمْلَك، فقد ثبت له فيها حق.

والحقوق قد يجوز أن تنتقل إلىٰ الورثة، مثل العبد الجاني، قـد يثبـت فيه الحق لوليِّ الجناية، بأن يُدْفَع أو يَفْدِي، ولم يَمْلِكه بعـد، ثم إذا مـات انتقل ذلك الحق إلىٰ وارثه، وقام فيه مقامَه، كذلك ما وصفنا.

فإذا قُسِمَت: مَلَكَ كلُّ واحدٍ منهم نصيبَه، لتعيُّن حقِّـه فيـه، وانقطـاعِ حق غيره عنه.

فإن قُسِمَت في دار الحرب، أو بِيْعَت: تَثْبُت حقوقُهم فيهـا، وانتَقَلَـتْ بالموت إلىٰ ورثتـهم؛ لأن جيـشاً لـو لَحِقَهُـم بعـدَ البيـع، أو القـسمة: لم يَشْرَكْهُم فيها، وذلك لأن بيعَ الإمام وقِسْمَتَه جائزة، إذ كانت مسألة اجتهادٍ يَنْفُذ فيها حكمُ الحاكم إذا حكَم به، وفي بيعه وقِسمته حكمٌ منه يَقطع حـقَّ كلِّ واحدٍ غيرَهم عنه، فتثبُت حقوقهم فيه.

مسألة : [غنيمةُ مَنْ لَحِقَ الإمامَ في دار الحرب للقتال]

قال : (ومَنْ لَحِقَ الإمـامَ في دار الحـرب قبـل خروجـهِ منـها، طالبـاً للقتال: استَحَقَّ معهم الغنيمة).

قال أحمد : وروي نحو ذلك عن عمر[1]، ولأنه لا يُسْتَغْنَىٰ عن القتال إلىٰ أن يحصلوا في دار الإسلام ومَنَعَتِها، فلمـا كانـت الحاجـة إلىٰ القتـال

---

(١) مصنف عبد الرزاق ٥/٣٠٣.

قائمة في إحراز الغنيمة، استَحَقَّ السهم وإن لم يُقَاتِل، كما لـو وَقَـفَ رِدْءاً لهم ولم يقاتل: استَحَقَّ السهم، وقد بيَّنَّا هذه المسألة أيضاً في السِّيَر.

مسألة: [ليس للإمام قسمة الغنائم في دار الحرب]

قال أبو جعفر: (ولا ينبغي للإمام أن يَقْسِم الغنائم في دار الحرب).

وذلك لأنَّ جيشاً لو لَحِقَهم: شَرَكَهم فيهـا علـىٰ مـا بيَّنَّـا، وإذا قَـسَمَ: جازت قسمته؛ لأنها ممَّا يسوغ الاجتهاد فيه، فينفَذ حكم الإمام فيها.

فإن قيل: «قَسَمَ رسولُ الله صلىٰ الله عليه وسلم غنـائِمَ بـني المُـصْطَلِق قبل رجوعه إلىٰ المدينة»[1].

قيل له: لأن الموضعَ صار مظهوراً عليه، وصار من حَيِّز الإسلام.

مسألة: [قِسمة ما غَنِمَه المسلمون من الأرضين]

قال أبو جعفر: (وما غَنِمَه المسلمون من الأرضين، كان إلىٰ الإمام أن يَقْسِمَها علىٰ ما تُقْسَم عليه الغنائم إن رأىٰ ذلك حظـاً، ولـه أن يُوقِفَهـا إلىٰ المسلمين، ويجعلَها أرضَ خراج، ويكون خراجُها مصروفاً إلىٰ مـا ذكرنـا وجهه في هذا الكتاب.

---

(١) قال الحافظ في التلخيص الحبير ١٠٥/٣: «أما قسمة غنائم بني المصطلق، فذكره الشافعي في الأم هكذا – وهو في الأم ١٤٠/٤-١٤١ – واستنبطه البيهقي – كما في السنن ٥٤/٩ – من حديث أبي سعيد قال: «غزونا مع رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم غزوة بني المصطلق، فسَبَيْنا كرائم العرب، فطالت علينا الغُربة، ورغبنا في الفداء، وأردنا أن نستمتع ونعزل...» الحديث، قال: ففيه دليل علىٰ أنه قسم غنائمهم قبل رجوعه إلىٰ المدينة».اهـ، وحديث أبي سعيد هو في صحيح البخاري ١٧٠/٥، وصحيح مسلم ١٣٥٤/٣.

فإن شاء أن يمُنَّ علىٰ أهلها المغنومة عليهم، كما فَعَلَ عمرُ بن الخطاب في السَّوَاد[١]، فتكون الأرض إذا فَعَلَ ذلك مِلْكاً لهم، يتوارثونها كما يتوارثون سائر أموالهم.

وإن شاء أَنْ ينقُلَ إليها قوماً من أهل الذمة سِوَاهم، فيجعلهم في ذلك كلهم لو مَنَّ عليهم فيها.

وإن شاء قَسَمَها بين الغانمين، وكانت أرضَ عُشْر.

وإن وَقَفها، أو مَنَّ علىٰ أهلها، أو نَقَل قوماً مِن أهل الذمة: فهي أرض خراج).

قال أحمد: قوله: وإن شاء وَقَفَها: لا أعرفه عن أصحابنا، وإنما المشهور عنهم في سائر كتبهم، وما سمعنَاه مِن شيوخنا أنه بالخيار: إن شاء قَسَمَها بين الغانمين بعد إخراج الخُمُس، وتكون حينئذ أرض عُشْر.

وإن شاء مَنَّ علىٰ أهلها، وَوَضَعَ عليهم [الجزية][٢]، وعلىٰ الأرضين الخراج، ويكونون ذِمّةً أحراراً، وأرضوهم ملكاً لهم يتوارثونها ويتبايعونها.

وإن شاء استَرَقَّ أهلَها، أو قَتَلَهم[٣]، ونَقَلَ إليها قوماً مِن أهل الذمة، فيجعلُ الأرضين ملكاً لهم، وتكون أرضَ خَرَاج[٤].

---

(١) يأتي تعريف السواد، وتخريج الأثر في الصفحة التالية.

(٢) ساقطة من الأصل، والعبارة تامة في تبيين الحقائق ٣/٢٤٨.

(٣) في الأصل: (قسمهم)، والصواب: (قَتَلهم)، كما في متن القدوري مع اللباب ٤/١٢٤ وغيره، والله أعلم.

(٤) وجاء مثل كلام الجصاص في متن القدوري مع اللباب ٤/١٢٣، الهداية =

والذي ذكره أبو جعفر مِنْ وَقْفِها: يجوز أن يكون من روايةٍ وقعتْ إليه عنهم، ولم تَبْلُغْنا.

والأصل في ذلك: «أنَّ النبيَّ صلىٰ الله عليه وسلم فَتَحَ مكة عَنْوةً[1] ومَنَّ عليهم، وأَقَرَّهم علىٰ ديارهم وأموالِهم»[2].

«وقد قَسَمَ بعضَ حصون خَيْبَر، ولم يَقْسِم بعضَها»[3]، فعَلِمْنا أنَّ الإمام مخيَّرٌ بين القسمة، وبين المَنِّ والإقرار علىٰ أموالهم وأرضيهم.

«وفَتَحَ عُمر السوادَ[4]، وشاور عليّاً وغيرَه من الصحابة، فأشاروا عليه بإقرار أهلها، ووضع الخراج، وخالفه الزبيرُ وبلالٌ ونَفَر آخرون، واحتجَّ عليهم بقول الله تعالىٰ: ﴿كَيۡ لَا يَكُونَ دُولَةَۢ بَيۡنَ ٱلۡأَغۡنِيَآءِ مِنكُمۡ﴾[5]، ثم قال:

١٤١/٢، تبيين الحقائق ٢٤٨/٣.

(١) «أصله من عَنَا عنواً: إذا ذل وخضع، والاسم: العَنْوة، ومنها قولهم: فتحت مكة عنوة، أي قَسْراً وقهراً»، كما في المغرب ٨٧/٢.

(٢) صحيح مسلم ١٤٠٥/٣.

(٣) سنن أبي داود ٤١٠/٣ وفيه: «قَسَم رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم خيبر نصفين: نصفاً لنوائبه وحاجته، ونصفاً بين المسلمين»، وإسناده جيد، كما نقل ذلك الزيلعي في نصب الراية عن صاحب التنقيح - ابن عبد الهادي - وقد توسع الزيلعي في الكلام عليه.

(٤) أي سواد العراق. «وسمي سواد العراق لخُضْرة أشجاره وزروعه... وهو الذي فُتِح علىٰ عهد عمر رضي الله عنه». اهـ، كما في المغرب ٤٢٠/١.

(٥) الحشر: ٧.

﴿لِلْفُقَرَآءِ ٱلْمُهَٰجِرِينَ﴾ إلىٰ قوله: ﴿وَٱلَّذِينَ جَآءُو مِنۢ بَعْدِهِمْ﴾[1]»[2].

فقد دلَّت هذه الآيات علىٰ أنه لا يجوز أن تكون الغنائم دُولَةً بين الأغنياء، ويبقىٰ الفقراءُ بغير شيء، وأوجبتْ أيضاً الحقَّ لمَن يجيء بعدهم.

وذلك لا يكون إلا بإقرار أهلها، ووَضْعِ الخراج، ليُشَارِكَهم فيها مَن جاء بعدهم، فرجعوا جميعاً إلىٰ قوله، وصاروا مَحجوجين بما نبَّههم عليه من دلالة هذه الآيات علىٰ صحة ما ذَهَبَ إليه، فتبيَّنوه ورَضُوا بحُكمه فيما حكَمَ به في السَّواد، فصار إجماعاً.

وقد تكلَّمنا في مسألة فتح مكة في أبواب السِّيَر من هذا الكتاب، بجُملةٍ كافية لمَن تدبَّرها، وكان الحقُّ طَلِبَه معها.

مسألة: [بيعُ أرضِ الخَرَاج]

ويجوز بيع أرضِ الخراج؛ لأنها مِلكٌ لمَنْ أُقِرَّ عليها، والدليل عليه: أنَّ المواريثَ تجري فيها، ولا يجوز لأحدٍ أَخْذها من أيديهم، ولا أن يَحُول بينهم وبينها، كما أنَّ مَن أقرَّهم النبيُّ صلىٰ الله عليه وسلم من أهل مكة، ومَنَّ عليهم، كانوا مالِكين لأموالهم التي كانت لهم قَبْل الظهور والغَلَبَة.

فإن قال قائل: إنما أقرَّ عمرُ أهلَ السَّوَاد علىٰ حُكم الفيء.

---

(١) الحشر: ٨-١٠.

(٢) وقد روىٰ خبر فتح سواد العراق ابنُ سعد في الطبقات، كما في نصب الراية ٣/ ٤٠٠ في ترجمة عثمان بن حنيف، ولم أجده في المطبوع من الطبقات، والمطبوع كما هو معلوم ناقص، سنن البيهقي ٦/ ٣١٨، ٩/ ١٣٨.

قيل له: لو كان كذلك، كان مَن أسلم منهم لا يكون حُرًّا، ولا كانت الجزية واجبة عليه، مثل العبد، وكان يكون بعد إسلامه بمنزلة العبد إذا أسلم.

* وأما ما ذَكَرَ أبو جعفر في وجوب العُشْر إذا قَسَمَ، والخراجِ إذا لم يَقْسِم: فإن الأصل فيه أنَّ المسلم لا يُبْتَدأ بالخراج؛ لأنه فيءٌ، والكافرُ لا يُبْتَدأ بالعُشر الذي هو صدقة؛ لأن الصدقة قُربةٌ، ولا قُربةَ للكافر.

وقد يجوز إيجاب العُشر في أرض الخراج إذا أقرَّ الإمامُ أهلَها عليها، ورأىٰ ذلك، ولا يكون صدقةً، بل يُوضع موضِعَ الخراج، ذَكَرَه محمد في الزيادات.

مسألة: [خراجُ أرضٍ باعها ذمي لمسلم]

قال أبو جعفر: (ومَن باع من أهل الذمة أرضَ خراجٍ من مسلم: فعليه الخراجُ بحاله).

وذلك لما «روي أنَّ الرُّفَيْل[1] أسلم، فقال علي رضي الله عنه: إن أقمتَ علىٰ أرضكَ، فعليك الخراج»[2].

وروي نحو ذلك عن عمر بن الخطاب في دِهْقَانةِ[3] نهر المَلِك، حين أسلمت.

---

(١) «الرُّفَيْل: هو من الفُرْس، أسلم أيام عمر رضي الله عنه»، كما في الإكمال لابن ماكولا ٤/٩٤.

(٢) مصنف ابن أبي شيبة ١٢/٣٣٣، سنن البيهقي ٩/١٤٢.

(٣) «الدهقان: بكسر الدال وضمها، رئيس القرية... وأصحاب الزراعة، وهو معرب». النهاية ٢/١٤٥، وينظر لأثره المصنف ١٢/٣٣٣.

وأيضاً: فإن الخراج يعودُ نفعُه علىٰ كافَّة المسلمين، وقد ثَبَتَ ذلك في الأرض، فلا يجوز نَقْلُه إلىٰ العُشْر، الذي هو حقٌّ لخاصٍّ من المسلمين ببيعه إياها، إذ لا سبيل لهما إلىٰ إبطال ما قد ثبت من الحق فيها للكافَّة.

مسألة : [شراء الذمي أرضَ عُشر من مسلم]

قال أبو جعفر : (وإذا اشترىٰ الذميُّ أرضاً من أرض العُشر من مسلم: فعليه الخراج في قول أبي حنيفة، ثم لا يعودُ إلىٰ العُشر أبداً وإن مَلَكَها مسلمٌ.

وقال أبو يوسف: علىٰ الذمي فيها عُشْرَان، ويوضَعَان موضعَ الخراج.

وقال محمد: هي أرضُ عُشْر علىٰ حالِها، وتوضَعُ في مواضع العُشْر).

قال أحمد : يعني أنه يوضع موضِعَ الصدقة.

قال أحمد : روىٰ ابنُ سَمَاعة عن محمد: أنه يوضَعُ موضِعَ الخراج، إلا أنه فيما تُخْرِجُ الأرض.

والأصل في ذلك: أنَّ الواجب كان عليها في المسلم: العُشْر، وهو صدقة، ولا جائز أَخْذُ الصدقة من الذمي؛ لأن الصدقة قُرْبةٌ، ولا قُرْبةَ للذمي، فوجب أن يَسقط العُشر بمِلك الذمي، ثم إذا سَقَطَ العُشْر، واحتَجْنَا إلىٰ إثبات الحق فيها، إذْ لا يجوز إخلاء الأرض من وجوب حقٍّ فيها، فوَجَبَ أن يكون ذلك الحق هو الخراج؛ لأن الكافر لا يُبْتَدأ بالعُشْر.

ألا ترىٰ أنَّ الإمام إذا أقرَّ أهلَ الأرض عليها بعد الظهور عليها، أنَّ الواجب عليهم هو الخراج، فلا يمتنع من نَقْلها من العُشْر إلىٰ الخراج؛ لأن الخراج عائدٌ علىٰ كافَّة المسلمين، فلم يَسقط حقٌّ مستحقِّي العُشْر

الذي كان فيها، وهم الفقراء.

وليس ذلك كأرض الخراج إذا أسلم أهلُها، واشتراها مسلم؛ لأن فيه إسقاطَ حق الكافَّة إلىٰ الخاصَّة.

وأصل أبي حنيفة: أنها إذا وجب فيها خراجٌ أو عُشْرَانِ، لم تنتقل إلىٰ العشر الواحد أبداً، وقد يجوز أن تنتقل من العُشر إلىٰ الخراج، وإلىٰ العُشْرَيْن.

فقال في تَغْلِبِيٍّ[1] اشترىٰ أرض عُشْر: أنَّ عليه عُشْرَيْن.

فإذا اشتراها من التغلبي ذميٌّ: فعليه عُشْرَان في رواية أبي يوسف ومحمد عن أبي حنيفة[2].

وفي روايةِ الحسنِ بن زياد عن أبي حنيفة: عليه الخراج.

* وأما أبو يوسف فإنه يقول: إنه قد يُنْقَل من العُشْر إلىٰ العُشْرَيْن بشراء الذمي والتغلبي، ثم يعودُ إلىٰ عُشْر واحدٍ إذا اشتراها مسلم.

وجَعَلَها أبو يوسف بمنزلة أموال الزَّكَاوَات بسَنَتِه لو مَرَّ بها مسلم، وعلىٰ العاشِرِ أن يأخذ منه رُبُعَ العُشر وهو زكاته، ولو كانت لذمي أَخَذَ منه نصفَ العُشْر: مِثْلَي ما يُؤخذ من المسلم، فإن عاد إلىٰ المسلم: عاد إلىٰ رُبُعِ العُشر.

---

(١) «بنو تغلب: قوم من مشركي العرب، طالبهم عمر رضي الله عنه بالجزية، فأبوا، فصولحوا علىٰ أن يعطوا الصدقة مضاعفة، فرضوا». المغرب ٢/١٠٧، وينظر الأموال لأبي عبيد ص٣٢.

(٢) وعليه مشىٰ في الكنز وشارحه الزيلعي ١/٢٩٤، وابن عابدين ٢/٣٢٩.

وكذلك الأرضون عنده إذا كان أصلُها العُشر، فأما إذا كانت خراجيَّة في الأصل، فإنها لا تنتقل إلىٰ العُشْر أبداً.

* وأما أصلُ محمد: فإنه يعتبر ما ابتُدِيَتْ به الأرض، فإن ابتُدِيَتْ بالخراج: لم يَنتقل أبداً، وإن ابتُدِيَت بالعُشْر: لم ينتقل أبداً، لا إلىٰ الخراج، ولا إلىٰ عُشْرَيْن بشراء ذمي، ولا تغلبي نصراني.

وروىٰ ابنُ سماعة عنه أيضاً: أنها تنتقل بشراء التغلبي لها إلىٰ عُشْرَين، وتوضَعُ موضع الخراج، إلا أنها تكون فيما تُخرجه الأرض.

وقال محمد: إذا ابتُدِئ التغلبي، بأن جُعِلَ علىٰ أرضه عُشْرَان، ثم أسلم، أو باعها من مسلمٍ أو ذمي: فالعُشْرَان علىٰ حالهما في قول محمد.

قال أحمد: والصحيح الذي استقرَّ عليه قولُه المشهور: أنه يُعْتَبَرْ ما تُبْتَدأ به الأرض، ثم لا يَتغيَّر أبداً.

ووجه قوله ذلك: أنَّ ذلك حقٌّ قد تعلَّق بالأرض، فلا يَتَغيَّر بانتقال المِلك؛ لأن الأملاك لا تأثيرَ لها في إسقاط حقوق الأرضين.

ألا ترىٰ أنَّ العُشر قد يجب في أرض الوقف التي لا مالك لها، كما تجب في أرضٍ لها مالك، وقد يجب الخراجُ أيضاً في أرض الوقف، فدلَّ علىٰ اعتبار ثبوت الحق ابتداءً في الأرض، ولا اعتبار بالملك فيه.

ومن هذا الوجه فارق ذلك عنده المالَ الممرورَ به علىٰ العاشِر، في أنه يجب تارةً ربُعُ العُشر إذا كان لمسلم، وتارة نصف العشر إذا كان لذمي؛ لأن هذا الحق يتعلَّق حُكْمُه بالمالك، ألا ترىٰ أنه لو مرَّ به غيرُ مالك: لم يجب فيها شيء، بأن يكون مودوعاً، أو مضارِباً، وأن الصبيَّ والمجنونَ لا يُؤخَذُ ذلك من مالهما، فدلَّ علىٰ اعتبار المالك فيه، وسقوطه في الأرضين.

ولأبي حنيفة في إفساد هذا القول، واعتبار حكم المالك: أنهم جميعاً اعتبروا حُكْمَ المالك في الابتداء، فإن كان مسلماً: كان في أرضه العُشْر، وإن كان كافراً: فالخراج، فلما اختَلف الحُكمُ في الابتداء فيما يجب من الحق، كان كذلك حُكمُه عند انتقال الملك الذي قدَّمْنَا.

* * * * *

كتاب النِّكَاح

مسألة : [لا نكاح إلا بشاهدَيْن]

قال أبو جعفر : (ولا نكاح إلا بشهودٍ أحرارٍ، مسلِمين، بالِغِين، شاهِدَيْن أو أكثر، أو رجلٍ وامرأتَيْن).

قال أحمد : لا نكاح إلا بشهود، روي عن عمر رضي الله عنه[1]، وعبد الله بن عباس[2] رضي الله عنهما، من غير مخالِفٍ لهما من الصحابة[3].

وقد روي عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم أخبارٌ بألفاظٍ مختلِفة في نفي النكاح بغير شهود، وروي عن علي وابنِ مسعود، وعمران بن حُصَيْن، وجابرٍ، وأنسِ بن مالك، وأبي موسىٰ الأشعري، وابنِ عمر، وأبي سعيدٍ، وأبي هريرة كلِّهم عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم: «لا نكاح إلا بشاهدَيْن»[4]، بألفاظٍ مختلفة، والمعنىٰ واحد.

---

(١) سنن البيهقي ١٢٦/٧.

(٢) سنن البيهقي ١٢٦/٧.

(٣) ومثله في بداية المجتهد ١٧/٢.

(٤) سنن الدارقطني ٢٢٥/٣، سنن البيهقي ١٢٥/٧، صحيح ابن حبان (موارد الظمآن) ص٣٠٥ (١٢٤٧)، وصححه ابن حزم في المحلىٰ ٤٦٥/٩ والزرقاني في شرح الموطأ ١٩/٣، وينظر مجمع الزوائد ٢٨٦/٤. وقد ورد الحديث كما قال =

وهذه الأخبار كلُّها عند أهل الحديث ضعيفة، بعضُها من جهة الرجال، وبعضُها من جهة الإرسال، والصحيحُ عندهم منها ما يُروىٰ عن الحسن مرسلاً عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم، فيصَحِّحُونه عن الحسن، وهو مرسَل عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم، فلا يَقْبَلُونه لأجل الإرسال.

وهي عندنا صحيحةٌ مِن أكثر الوجوه التي رُويت فيه، وليس طريقةُ الفقهاء في قَبُول الأخبار طريقةَ أصحاب الحديث[1]، ولا نعلم أحداً من الفقهاء رَجَعَ إليهم في قَبُول الأخبار وردِّها، ولا اعتبر أصولَهم فيها.

وإذا كان كذلك، فالأخبار المرويَّة عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم في أنَّ: «لا نكاح إلا بشهود»، و: «بشاهدَيْن»، صحيحةٌ يجب قبولُها إذا لم

المؤلف بألفاظ مختلفة: «لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل»، «لا يحل نكاح...» وغيرها.

(١) وعلىٰ مثل هذا نص الإمام ابن دقيق العيد في مقدمة كتابه الإلمام، فقال: «وشَرْطي فيه أن لا أورد إلا حديث مَن وثّقه إمام من مزكِّي رواة الأحاديث، وكان صحيحاً علىٰ طريقة أهل الحديث الحفاظ، أو أئمة الفقه النظَّار، فإن لكل منهم مغزىٰ قَصَده وسَلَكه، وطريقاً أعرض عنه وتَركه، وفي كلٍّ خير» اهـ.

فقد يُحكم للحديث بالصحة ـ مع ضعف إسناده ـ إذا تلقَّاه العلماء بالقبول، كما أنَّ كثيراً من العلل التي يُعِلُّ بها المحدثون، لا تجري علىٰ أصول الفقهاء، وأيضاً استدلال المجتهد بحديثٍ تصحيح له، وأمر التصحيح والتضعيف أمر اجتهادي، كما بيَّن هذا السيوطي رحمه الله في تدريب الراوي ١/٦٤-٦٨.

وقد توسع في بيان ما يتعلق بالتصحيح والتحسين العلامة الشيخ ظفر أحمد العثماني التهانوي في المقدمة الأولىٰ: «قواعد في علوم الحديث» لكتابه النافع: «إعلاء السنن» ص٣٧ بتحقيق الشيخ عبد الفتاح أبو غدة رحمه الله تعالىٰ.

يردَّها أصل، وجاءت من الوجوه التي تُقْبَل فيها أخبار الآحاد.

وعلىٰ أنه لا فرق عندنا بين المرسَل والموصول من أخبار الآحاد، فإذا ثبت من جهة الإرسال بالاتفاق: لزم حُكْمُه، ووَجَبَ العمل به.

وقد روي في ذلك لفظٌ آخر موصول عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم، وهو: ما حدثنا عبد الباقي بن قانع قال: حدثنا أحمد بن عبد الله بن حسَّان الدِّيباجي التُّسْتَري قال: حدثنا يوسف بن حمَّاد المَعْنِيُّ قال: حدثنا عبد الأعلىٰ عن سعيد عن قَتادة عن جابر بن زيد عن ابن عباس عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم قال: «البَغَايا: اللاتي يُنْكِحْنَ أنفسَهُنَّ بغير بيِّنَة»[1].

وأيضاً: قد اتفق الفقهاء[2] علىٰ أنَّ عقد النكاح مخالِف لسائر العقود، في افتقاره إلىٰ معنىً يضامُّه[3]، من إعلانٍ أو شهود، فكان حضورُ الشهود عندنا أَوْلىٰ بكونه شرطاً من الإعلان والإشهاد؛ لأن من شَرْط الشهادة جَعْلَها مقارِنةً للعقد، ومن شرط الإعلان أن لا يحصل مقارِناً للعقد، وما يقارِن العقدَ أَوْلىٰ بأن يكون شرطاً فيه مما لا يقارنه ويتراخىٰ عنه.

وأيضاً: «نهىٰ النبيُّ صلىٰ الله عليه وسلم عن نكاح السِّرِّ»[4]، وإذا لم يَحضرهما غيرُهما، فهو نكاح السرِّ، فلا يجوز.

---

(١) سنن الترمذي ٣/٤١١، ورجح وقفه، سنن البيهقي ٧/١٢٥، وسيذكره المؤلف قريباً موقوفاً علىٰ ابن عباس رضي الله عنهما.

(٢) بداية المجتهد ٢/١٧-١٨، المغني لابن قدامة ٧/٣٣٩.

(٣) أي يضم إليه.

(٤) رواه الطبراني في الأوسط عن محمد بن عبد الصمد بن أبي الجراح، ولم يتكلم فيه أحد، وبقية رجاله ثقات، كما في مجمع الزوائد ٤/٢٨٥.

مسألة : [جواز النكاح بشهادة رجلٍ وامرأتين]

وإنما جاز النكاح بشهادة الرجل والمرأتَيْن، لما روىٰ نوح بن مَيمون المَضْرُوب عن قَيس بن الرَّبِيع عن أبي إسحاق عن أبي بُرَدة عن أبيه عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم قال: «لا نِكاح إلا بوَلِيٍّ، وشهود»[١].

وذلك يتناول الرجل والمرأتين؛ لأن اسم الشهود يتناولهم جميعاً.

وقال النبي صلىٰ الله عليه وسلم فيما روي عنه: «لا نكاح إلا بولي وشاهدَيْن»[٢]، وذلك ينتظم جوازه برجلٍ وامرأتين، لوجود الشاهدَيْن.

وأيضاً: فإن اسم الشاهدين في البيوع، يتناول الرجل والمرأتين.

والدليل عليه: قولُه تعالىٰ: ﴿وَٱسْتَشْهِدُوا۟ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ ۖ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ﴾[٣].

معناه والله أعلم: فإن لم يكن الشاهدان رجلَيْن، فالشهيدان رجلٌ وامرأتان، فسمَّىٰ الرجلَ والمرأتَيْن شهيدَين؛ لأن قوله تعالىٰ: ﴿فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ﴾: معلوم أنه لم يُرِدْ به: فإن لم يوجَد الاثنان، لاتفاق المسلمين علىٰ جواز شهادة النساء مع رجلين، فعُلم أنَّ المراد تسمية الرجل والمرأتين شهيدين، ليُعتبر ذلك في سائر الحقوق[٤].

---

(١) تقدم.

(٢) تقدم.

(٣) البقرة: ٢٨٢.

(٤) وذلك في حال عدم وجود رجلين في سائر الحقوق، إلا ما قام الدليل علىٰ منع ذلك، كما في أحكام القرآن ١/٥٠١.

وإذا صحَّ ذلك، تناوله[1] قوله: «لا نكاح إلا بولي وشاهدَيْن».

ومِن جهة النظر: إن النكاح حق لا يَسقط بالشُّبْهة، فأشبه سائر الحقوق من الأموال وغيرها، مما لا يَسقط بالشبهة، فوَجَبَ أن يجوز في إثباته بشهادة الرجل والمرأتين، جوازها في كل حق لا تُسقطه الشبهة.

وإذا جاز إثباته بهم، فالعقد أَوْلىٰ أن يَثْبُت بحضورهم، وينعقد بهم.

وأيضاً: فإن البُضْع حقٌّ يُمْلَكُ بالعقد، فأشبه الأموال، وسائر العقود علىٰ المنافع.

مسألة: [وليُّ المرأة في تزويجها]

قال أبو جعفر: (ووليُّ المرأة في تزويجها أبوها، ثمَّ مَن فوقه من الآباء، درجةً بعد درجة، لا ولاية لأحدٍ منهم مع مَن هو أقرب إليها منه.

فإن كان لها أبٌ وابنٌ: فإن أبا يوسف قال: وليُّها ابنُها، دون أبيها[2]. وقال محمد: وليُّها أبوها، دون ابنها).

قال أبو بكر: فأما اعتبار الآباء في ولاية النكاح، فلا خلاف فيه بين الفقهاء[3] فيما أعلم.

---

(١) أي يلحقهم اسم الشهيدين بعموم هذا الحديث، ويثبت النكاح بشهادة رجل وامرأتين، كما أوضح هذا المؤلف أيضاً في أحكام القرآن ١/٥٠١.

(٢) وأبو حنيفة مع أبي يوسف، كما في تبيين الحقائق ٢٠/١٢٢، وحاشية ابن عابدين ٣/٧٦.

(٣) بداية المجتهد ٢/١٣، المغني ٧/٣٤٦.

وأما إذا اجتمع أبٌ وابْنٌ، فإن جهة قول أبي يوسف فيه: أنَّ الولاية في النكاح مستَحَقَّةٌ بالتعصيب، وأقربُ العصبة الابن، فكان أَوْلىٰ بالولاية في النكاح من الأب، وكذلك ابنُ الابن وإن سَفَل[١].

وقال محمد: الأب أَوْلىٰ؛ لأنه أَوْلىٰ بالتصرُّف عليها في حال الجنون في الشراء والبيع، فكذلك في النكاح.

* **قال**: (ثمَّ بعد هؤلاء: الأخُ من الأب والأم، ثم الأقربُ فالأقرب من العصبات، ثم مولىٰ العَتَاقة؛ لأنه عصبة، والمرأةُ المعتِقة والرجل سواء؛ لأنها عصبة).

* **قال**: (ومَن كان مجنوناً: فهو كالميت).

لأنه لا ولاية له علىٰ نفسه، فكيف يستحقها علىٰ غيره؟.

مسألة:

قال: (ولا ولاية لكافرٍ علىٰ مسلمة في النكاح).

لقول الله تعالىٰ: ﴿وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾[٢]، وقال تعالىٰ: ﴿وَٱلَّذِينَ كَفَرُوا۟ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَآءُ بَعْضٍ﴾[٣]، وقال: ﴿وَٱلْمُؤْمِنُونَ وَٱلْمُؤْمِنَٰتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَآءُ بَعْضٍ﴾[٤].

---

(١) أي أنه يقدم ابن الابن وإن سفل علىٰ الأب.

(٢) النساء: ١٤١.

(٣) الأنفال: ٧٣.

(٤) التوبة: ٧١.

مسألة :

قال : (ولا يكون المسلم وليًّاً للكافرة).

لقول الله تعالىٰ: ﴿ وَٱلْمُؤْمِنُونَ وَٱلْمُؤْمِنَٰتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَآءُ بَعْضٍ ﴾[1]، ولأنه لا تَوَارُثَ بينهما، والولاية في النكاح مستَحَقَّة بالتوارث، ألا ترىٰ أنَّ العبدَ لا يزوِّج ابنَتَه، لخروجه من أن يكون من أهل الميراث.

مسألة : [سقوط حق الولاية بالغيبة المنقطعة]

قال أبو جعفر : (ومَن كان منهم غائباً غَيْبةً منقطعةً: فلا ولاية له).

لأن انتظاره ضَرَرٌ علىٰ المرأة؛ لأنه ربَّما أتاهم مَن يُرْغَبُ في تزويجه، فيفوتُ بانتظار الولي، ولا يستحقُّ أحدٌ الولايةَ علىٰ غيره فيما عليه فيه ضرر.

* **قال أبو جعفر :** (وذكر ابنُ سَمَاعة عن أبي يوسف: أن الغَيْبَة المنقطعة مثل ما بين بغداد والرَّي[2]، وهي عشرون مرحلة[3]).

---

(١) التوبة: ٧١.

(٢) الري من بلاد فارس، كما في لسان العرب ١٩/٧١، وينظر معجم البلدان ٣/١١٦، وهي الآن مدينة طهران في إيران، كما في بلدان الخلافة الشرقية ص٢٥٢.

(٣) المرحلة: المسافة التي يقطعها المسافر في نحو يوم، والجمع مراحل، كما في المصباح المنير (رحل).

وتساوي حوالي ٤٥ كم، ينظر في هذا: الإيضاح والتبيان لابن الرفعة، مع تعليقات المحقق ص٧٧، كتاب: «المسافر وما يختص به من أحكام العبادات» للدكتور أحمد الكبيسي ص٩.

وهذا اجتهادٌ في تقدير الغَيْبة المنقطعة.

قال أبو بكر: ورویٰ محمد: ما بين الرَّي والكوفة، أو: ما بين الرَّقَّة[١] والبصرة.

مسألة:

قال أبو جعفر: (ولأحد الوليَّيْن أن يزوِّج دون الآخر).

لأن الولاية في النكاح لا تتبعَّض، إذ كان عقد النكاح لا يتبعَّض، فإذا مَلَكَ بعضَ العقد، مَلَكَ جميعَه، كالطلاق ونحوه.

وأيضاً: لا نعلم فيه خلافاً بين الفقهاء[٢].

وأيضاً: قولُ النبي صلىٰ الله عليه وسلم: «لا نكاح إلا بولي»[٣]، يقتضي جوازَه بأيِّهما وُجِد.

مسألة: [امتناعُ الوليِّ من تزويج موليته]

قال: (وإذا امتنع وليُّ المرأة من تزويجها: زوَّجها الحاكمُ إذا كان كُفُؤاً).

لقول النبي عليه الصلاة والسلام: «أيُّما امرأة تزوَّجت بغير إذن مواليها، فنكاحُها باطل، فإن اشتَجَرُوا، فالسلطان وليُّ مَنْ لا وليَّ له»[٤].

---

(١) مدينة مشهورة علىٰ الفرات، كما في معجم البلدان ٥٨/٣، وهي معروفة الآن علىٰ شاطئ الفرات في سوريا، وبقية من آثار قصر الرشيد فيها ظاهرة.

(٢) المغني ٤٠٤/٧.

(٣) تقدم.

(٤) تقدم.

مسألة : [وجوه الكفاءة]

قال أبو جعفر : (وقريشٌ بعضُها أكفاءُ لبعض، والعربُ بعضُها أكفاءُ لبعض، والموالي[١]: مَنْ كان له أبوان[٢] فصاعداً أكفاءُ بعضُهم لبعض).

قال أبو بكر : الدليل علىٰ اعتبار الكفاءة: قولُ الله تعالىٰ: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِيٓ أَنفُسِهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾[٣]، وليس من المعروف في العادات والأخلاق، أن تضعَ الشريفةُ نفسَها عند حارسٍ أو زِنْجِيٍّ، بل هو من المُنْكَر في أخلاق المسلم.

وقد روي عن ابن عمر وعائشة عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم أنه قال: «العربُ بعضُها أكفاءُ لبعض، قبيلةٌ بقبيلة، وحيٌّ بحيٍّ، ورجلٌ برجل، والموالي بعضُهم أكفاءُ لبعض، قبيلةٌ بقبيلة، وحيٌّ بحيٍّ، ورَجُلٌ برجلٍ»[٤].

وحدثنا عبد الباقي بن قانع قال: حدثنا حامد بن الشَّاذِي الكَشِّي ثقة

---

(١) «الموالي: بمعنىٰ العُتَقاء، ولما كانت غيرُ عربٍ في الأكثر، غَلَبَتْ علىٰ العَجَم، والمراد: غير العرب، وإن لم يمسَّهم رق، لأنهم لما ضلَّوا أنسابَهم، كان التفاخر بينهم في الدِّين»، المغرب ٢/٣٧٢، فتح القدير ٣/١٩٠.

(٢) أي له أبٌ في الإسلام، وجَدٌّ وهكذا، ينظر تبيين الحقائق ٢/١٢٩.

(٣) البقرة: ٢٣٤.

(٤) سنن البيهقي ٧/١٣٤ وقد ذكر له عدة طرق لكنها إما ضعيفة أو ضعيفة جداً أو منكرة، وقد بيَّن هذا أيضاً ابنُ حجر في التلخيص الحبير ٣/١٦٤، وفي الدراية ٢/٦٣، وينظر نصب الراية ٣/١٩٧، لكن مع هذا: «قيل للإمام أحمد رحمه الله: وكيف تأخذ به، وأنت تضعفه؟ قال: العمل عليه»، كما في المغني ٧/٣٧٧.

قال: ثنا علي بن حَجَر قال: ثنا بَقِيَّة بن الوليد قال: ثنا مُبَشِّر بن عبيد عن الحجَّاج بن أرطاة عن عطاء وعَمْرو بن دينار عن جابر قال: قال رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم:

«لا يُزَوَّجْن النساء إلا الأكفاء، ولا مهر دون عشرة دراهم»[١].

وروىٰ هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم: «تخيَّرُوا لنُطَفِكُم، وأَنْكِحُوا الأكفاء، وأَنْكِحُوا إليهم»[٢].

ويدل علىٰ ذلك أيضاً: ما روي أنَّ النبي صلىٰ الله عليه وسلم قال لعليٍّ رضي الله عنه: «ثلاثٌ لا تُؤَخِّرْهُنَّ: الصلاةُ إذا أَتَتْ، والجنازة إذا حَضَرت، والأَيِّم إذا وَجَدَتَ كفؤاً»[٣].

---

(١) سنن الدارقطني ٣/٢٤٥ وقال «مبشر بن عبيد: متروك الحديث» اهـ، سنن البيهقي ٧/١٣٣ وقال: «حديث ضعيف بمرة» اهـ.

لكن قال ابن الهمام في فتح القدير ٣/١٨٥ بعد أن ذكر ضعف الحديث قال: «لكنه حجة بالتظافر والشواهد».اهـ، وذكر ابن الهمام في ٣/١٨٦ سنداً آخر للحديث، ونقل عن الحافظ ابن حجر أنه بهذا الإسناد حسن، ولا أقل منه، وينظر نصب الراية ٣/١٩٧.

(٢) سنن ابن ماجه ١/٦٣٣(١٩٦٨)، المستدرك للحاكم ٢/١٦٣ قال الذهبي في تلخيصه: الحارث: متهم، وعكرمة: ضعفوه. اهـ وقال الزيلعي في نصب الراية ٣/١٩٧ «روي من طرق عديدة كلها ضعيفة» اهـ، لكن قال الحافظ ابن حجر في الفتح ٩/١٢٥ بعد أن ذكر له طريقين فيهما مقال قال: «ويقوي أحد الإسنادين الآخر» اهـ.

(٣) سنن الترمذي ٣/٣٨٧ (١٠٧٥) وقال: حديث غريب، وما أرىٰ إسناده =

وروي عن عمر بن الخطاب أنه قال: «لأَمْنَعنَّ النساءَ ذواتِ الأحساب تَزَوُّجَهُنَّ إلا من الأكفاء»[١].

وكان ذلك بحضرة الصحابة، من غير مخالِفٍ له فيه.

فإن قيل: روىٰ محمد بن عَمرو عن أبي سلمة عن أبي هريرة «أنَّ أبا هندٍ حَجَمَ النبيَّ عليه الصلاة والسلام، فقال النبيُّ صلىٰ الله عليه وسلم: يا بني بَيَاضَة، أنكِحُوا أَبَا هند، وأنكِحُوا إليه»[٢].

وروي «أنَّ بلالاً خَطَبَ إلىٰ قومٍ من الأنصار، فلم يزوِّجوه، فذَكَرَ ذلك للنبي صلىٰ الله عليه وسلم، فقال النبي عليه الصلاة والسلام: مُرَّ إليهم، فقل لهم: إن رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم يقول لكم: زوِّجوني، فذهب فقال لهم، فقالوا: قد فَعَلْنَا»[٣].

بمتصل، المستدرك ١٦٢/٢ ووافقه الذهبي علىٰ تصحيحه، وفي الدراية لابن حجر ٦٣/٢ قال: إسناده ضعيف، وقال البيهقي في السنن ١٣٢/٧ عن هذا الحديث: «هو أمثلها في اعتبار الكفاءة» اهـ.

(١) سنن الدارقطني ٢٩٨/٣، سنن البيهقي ١٣٣/٧.

(٢) سنن أبي داود ٥٧٩/٣ وسكت عنه هو والمنذري في المختصر ٤٤/٤، المستدرك ١٦٤/٢ «وأبو هند مولىٰ بني بياضة، ليس من أنفسهم»، كما في معالم السنن للخطابي، وبنو بياضة بطن من بطون الخزرج من الأنصار، كما في الإنباه علىٰ قبائل الرواة، لابن عبد البر ص١٠٥.

(٣) لم أهتد إلىٰ تخريجه بهذا السياق، لكن عند ابن سعد في الطبقات ٢٣٨/٣ أنَّ بلالاً تزوج امرأة عربية من بني زهرة، وعند الدارقطني في السنن ٣٠٢/٣ أنَّ هالة بنت عوف، أخت عبد الرحمن كانت تحت بلال، وابن عوف من بني زهرة، كما في الإنباه لابن عبد البر ص٤٧.

=

فهـذان كانـا مـولَيَيْن قـد أمَـرَ الـنبيُّ عليـه الـصلاة والـسلام الأنـصارَ بتزويجهما، فدلَّ علىٰ سقوط اعتبار الكفاءة.

قيل له: إنما أَمَرَهُم أن يزوِّجوهم برضاهم، لما رأىٰ فيه من الحـظِّ في الدِّين، ونحن نجيز ذلك، ولا نكرهه إذا كان برضا الأولياء.

* وإذا ثبت اعتبار الكفاءة، كان ذلك محمولاً علىٰ المتعارَف المعتـاد عند الناس، ولذلك جَعَلَ قريشاً بعضهم لـبعض أكفـاء، ثم سـائرَ العـرب بعضهم لبعض أكفاء، لجريان العادة به عندهم.

* **قال**: (ولا يكون هذا في شيءٍ ممَّا ذكرنا إلا بوجود المهر والنَّفقة).

وذلك لأن المهر بدلٌ من البُضْع، والنفقة مـستَحَقَّة بتـسليم نفـسها في بيت الزوج، والكفاءة هي المساواة، ولا يكون هذا لها مع وجود ذلك من جهتها إذا لم يَجِدْ هو بدل ذلك.

قال أبو بكر: وروىٰ أبو يوسف عـن أبي حنيفـة أنـه قـال: الكفـؤ في الحسب والمال والدِّين، وهو قول أبي يوسف.

قال أبو يوسف: إن كان فاسقاً معلِنَاً: فليس بكفـؤ، وإن كـان مـستَتِراً: فهو كفؤ.

* (واعتـبر أبــو يوســف الكفــاءَةَ في الــصناعات أيـضاً في العــرب والمَـوالي، فقـال: لا يكـون الحجَّـام، ولا الكنَّـاس، ولا الحَائِـكُ كفـؤاً

وفي الطبقات لابن سعد ٢٣٧/٣ أنَّ بني أبي البكير جاؤوا إلىٰ رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم فقالوا: زوج أختنا فلاناً، فقال لهم: أين أنتم من بلال... قال فأنكحوه. اهـ.

لصَيْرَفِيٍّ، ولا لخَزَّاز[١]، ولا لصاحب جَوْهر).

وقال ابنُ سَماعة عن محمد: الكفؤ في الحسب، وفي المال، ألا ترىٰ أنَّ الرجل قد يكون ذا حَسَب ومال، ولا يُنَال من فعله، وتكون المرأة صالحة، ولا أفرِّق بينهما إذا كان له جاه وقَدْر، فإذا كان له حَسَب، وكان يشربُ ويَسْكَر، حتىٰ يسخَرَ منه الصبيان، ويُضْحَكَ منه، والمرأة صالحة: فرَّقتُ بينهما، وذَنْبُ هذا أيسر من ذنبِ ذلك، فليس الدِّين من هذا في شيء.

قال أبو بكر: وكان أبو الحسن الكرخي يخالف أصحابَنا في اعتبار الكفاءة من جهة النَّسَب والصناعات، وقال: هم أكفاء في الأنفس والقصاص، ففي النكاح أوْلىٰ بأن يكونوا أكفاءً، وكان يقول: إن صحَّ اعتبار الكفاءة، ففي المهر والنفقة؛ لأن المهر بدلُ البُضْع، والنفقة مستَحَقَّة بتسليم نفسها.

مسألة: [جواز نكاح المرأة بغير أَمْرِ وليها]

قال أبو جعفر: (وإذا تزوَّجت المرأة البالغة، الصحيحةُ العقلِ بغير أَمْرِ وليِّها: فالنكاح جائز، وإن كان كفؤاً لها، لم يكن للأولياء أن يفرِّقوا بينهما، وإن كان غير كفؤٍ لها: كان لوليِّها أن يفرِّق بينهما[٢]).

---

(١) بائع الثياب، كما في تاج العروس (خزز).

(٢) «وهذه الفرقة فسخ، لا ينقص عدد الطلاق، ولا يجب عندها شيء من المهر إن وقعت قبل الدخول، وبعده لها المسمىٰ... ولا تثبت هذه الفرقة إلا بالقضاء.. والنكاح قبله صحيح، يتوارثان إذا مات أحدهما قبل القضاء، هذا علىٰ ظاهر الرواية، أما علىٰ الرواية المختارة للفتوىٰ، فلا يصح العقد أصلاً إذا زوجت =

وقال أبو يوسف: يَنْظُرُ القاضي في ذلك، فإن كان غير كفؤ لها: فَسَخَ نكاحَها عليها، وأصلُه غير جائز عليها، وإن كان كفؤاً لها: أَمَرَ وليَّها بإجازة نكاحِها، فإن أجازه: جاز، وإن أبىٰ أن يجيزه: أجازه القاضي.

وقال محمد مثل ذلك، إلا في إباء وليِّها إجازة نكاحِها، فإنه قال: يُخرجه القاضي بذلك من ولايتها، ويُبْطِلُ العقدَ المتقدِّم، ويستأنف عقدَ النكاح عليها).

قال أبو بكر: وما ذَكَرَه أبو جعفر من قول محمد، أنه إذا لم يُجِزْه الولي، أخرجه من الولاية، ويبطل العقد المتقدم، ويستأنف عقداً ثانياً: لا نعرِفُه من قول محمد، بل المشهور عنه أنَّ الولي إذا لم يجزه: أجازه القاضي[1].

والحجة لأبي حنيفة في جواز عقدها بغير إذن الولي، مِن وجوه ثلاثة: الكتاب، والسنة، والنظر.

فأما الكتاب فقوله: ﴿فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ ۗ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَآ أَن يَتَرَاجَعَآ﴾[2].

وهذه الآية تدل من وجهَيْن علىٰ صحة ما قلنا:

نفسَها من غير كفء»، كما في فتح القدير لابن الهمام ٣/١٨٧، وفي اللباب للميداني ٣/٨ نقل عن جمع من علماء المذهب أنَّ المفتىٰ به أنَّ النكاح لا يجوز، وهو قول أبي يوسف ومحمد، الذي سيذكره المؤلف عنهما.

(١) ومثله في شرح الإسبيجابي ٢/ لوحة ٦٤ب.

(٢) البقرة: ٢٣٠.

أحدهما: قوله تعالىٰ: ﴿حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ﴾، فأجاز عقدَ النكاح بفِعْلِها، وصحَّحه، حتىٰ أجاز طلاقَ الزوج لها بعده.

والآخر: قوله: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَآ أَن يَتَرَاجَعَآ﴾، فأضاف التراجع - وهو عقدٌ مستأنَف ـ إليها أيضاً.

ومَن أبىٰ جواز ذلك، فقد خالف الآية مِن هذين الوجهين.

ويدل عليه أيضاً: قولُه تعالىٰ: ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِيٓ أَنفُسِهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾[1]، فأجاز فعلَها في نفسها بالمعروف، مِن غير شرطِ الولي.

فإن قيل: فينبغي أن يدل أنَّ هذا فعل بالمعروف، حتىٰ يصحَّ لك الاحتجاج باللفظ، وما أنكرتَ أن يكون المعروف معه أن يكون بولي، ومتىٰ كان بغير ولي، فليس بمعروف.

قيل له: الذي يقتضيه ظاهر اللفظ، أن يكون المعروف المذكورُ فيه شرطاً في البدل؛ لأن الباء تصحَبُ الأبدال، كقولك: تَزَوَّجْها بألف درهم وبثوب، ونحو ذلك[2]، فإذا كان هذا مقتضىٰ اللفظ، فمتىٰ تزوج بمالٍ معلوم، فقد قضينا عُهدَة الآية، وصحَّ لنا الاحتجاج بظاهر اللفظ في جواز عقدها.

---

(١) البقرة: ٢٣٤.

(٢) «وعلىٰ هذا، فينصرف المعروف إلىٰ مقدار المهر، وهو أن يكون مهر مثلها، لا نقص فيه، ولذلك قال أبو حنيفة: إذا نقصت من مهر المثل، فللأولياء أن يفرقوا بينهما». أحكام القرآن للمؤلف ١/ ٤٠٠ بتصرف.

وعلىٰ أنه مهما كان المعروف من شيء، فلا جائز أن يكون شرطَ الولي، وذلك لأن تزويج الولي إياها، لا يكون فعلاً منها في نفسها، والله تعالىٰ إنما أجاز فعلَها في نفسها، فغير جائز أن يكون المعروف المذكور في الآية رافعاً لحكم اللفظ، ومانعاً من إجازة ما اقتضىٰ اللفظ جوازَه من فِعْلها في نفسها.

فإن قيل: يحتمل أن يكون المراد بقوله: ﴿فِيمَا فَعَلْنَ فِىٓ أَنفُسِهِنَّ﴾: اختيارُ الأزواج.

قيل له: عمومُه يقتضي جوازَ الكل، ومَن قَصَرَه علىٰ اختيار الزوج دون العقد، فهو تارك لحكم الآية بغير دلالة.

وأيضاً: فاختيارها الزوج لا يحصل به فِعْل في نفسها، فلا يجوز أن تتأول الآية علىٰ معنىٰ لا يقتضيه اللفظ، ولا يحصل به حكم.

ودليل آخر: وهو قوله تعالىٰ: ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَٰجَهُنَّ إِذَا تَرَٰضَوْا۟ بَيْنَهُم بِٱلْمَعْرُوفِ﴾[1].

وفيه الدلالة من وجهين علىٰ صحة قولنا:

أحدهما: إضافته فعلَ العقد إليها بقوله: ﴿أَن يَنكِحْنَ أَزْوَٰجَهُنَّ﴾، لأنه سواء قلت: نَكَحَت أو عَقَدَت، فاقتضىٰ اللفظ جواز عَقْدِها علىٰ نفسها.

والوجه الثاني: نهيُه الوليَّ في عَضْلها إذا تراضَوْا بينهم بالمعروف،

---

(١) البقرة: ٢٣٢، ومعنىٰ لا تعضلوهن أي: لا تمنعوهن، أو لا تضيقوا عليهن في التزويج، كما في أحكام القرآن للمؤلف ١/٤٠٠.

فإذا عَضَلَها، ومَنَعَها العقد، وهي قد وضعت نفسَها في كفؤ، لم يكن له ولاية فيما عَضَلَها فيه؛ لأن أحداً لا يستحق الولاية علىٰ غيره فيما عليه فيه ضرر.

ألا ترىٰ أنَّ الأب لا ولاية له علىٰ الصغير في هبة المال وإتلافه، لما عليه فيه من الضرر.

وإذا زالت ولايته في حال العَضْل، صار كالأجنبي، ولا يجوز للقاضي المنع من مثل هذا العقد، الذي صار الولي بعضله إياها عاصياً، فجَعَلَ العقد جائزاً، لا حقَّ لأحدٍ في فسخه، فجاز.

فإن قيل: إنما نهاه عن العضل إذا كان بالمعروف، فدلَّ علىٰ أنَّ عقدَها بغير ولي، ليس من المعروف.

قيل له: قد أجبتُ عن ذلك في صدرِ المسألة، مما فيه كفاية، فتأمَّلْه.

وفساد هذا السؤال في هذا الدليل أَوْكَدُ منه في الأول؛ لأنه قال: ﴿أَن يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ﴾، واختيار الزوج لا يسمَّىٰ نكاحاً بحال، ولا يجوز أن يُقال لمَن اختارت أن تُزَوَّج من هذا، أنها قد نَكَحَتْه.

وأيضاً: قد ذكر في الآية الاختيار مع النكاح؛ لأنه قال: ﴿أَن يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْاْ﴾، فانتظمت الآية ذكرَ العقد، والاختيارَ جميعاً، وكلُّ ذلك مضاف إلىٰ الزوجَيْن، دون الأولياء.

فإن قيل: لو جاز عقدها، لم يكن لنهي الولي عن العَضْل معنىٰ، وكان ذلك بمنزلة الأجنبي، فدل علىٰ نهيه عن العضل، علىٰ أنه يملِكُه، وأن عقدَها غير جائز مع عَضْله.

قيل له: هذا كلام ساقط؛ لأنه لا يجوز أن يُستدلَّ بالنفي علىٰ إثبات

الحق له في العضل، وإنما يدل النهي علىٰ سقوط حقه في منعِها عن العقد.

وإنما خصَّ الأولياءَ بالنهي، لجريان العادة بكونها في بيت الولي، أو تحت يده، فقد يمكنه أن يحبِسَها، ويمنَعَها الخروجَ للعقد، أو المراسَلَة فيه، فهذا وجه نهيِه عن العَضْل إن كان الخطاب متوجهاً إلىٰ الأولياء.

وأيضاً: فلا دلالة في لفظ الآية علىٰ أنَّ ذلك خطاب للأولياء؛ لأنه قال تعالىٰ: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَٰجَهُنَّ﴾[1]، فظاهر اللفظ، يدل علىٰ أنه خطابٌ للأزواج في النهي عن تطويل العدَّة عليها، بأن يراجِعَها في آخر عِدَّتها، ثم يطلِّقها، ثم يراجعها في آخر عدَّتها، وهو كقوله: ﴿وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا۟﴾[2].

ومعنىٰ قوله: ﴿فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ﴾: أي قارَبْنَ البلوغ، كما قال: ﴿فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾[3]، ومعناه مقاربة البلوغ.

فإن قيل: روي أنَّ الآية نزلتْ في شأن مَعْقِل بن يَسار حين عَضَلَ أختَه أن يزوِّجها مِن زوجٍ لها قد كان طلَّقها، فدعاه النبي صلىٰ الله عليه وسلم، وأمَرَهُ بتزويجها[4].

---

(١) البقرة: ٢٣٢.

(٢) البقرة: ٢٣١.

(٣) البقرة: ٢٣١.

(٤) صحيح البخاري ٨/١٩٢.

قيل له: لا يمتنع أن يكون قد كان من مَعْقِل بن يسار مَنْعٌ لأخته من التزويج، وأنَّ النبي عليه الصلاة والسلام دعاه، وأَمَرَه بتزويجها.

ولا دلالة في ذلك أنَّ خطابَ الآية متوجِّه إليه؛ لأنه ليس يمتنع أن تكون الآية قد نزلَتْ في مَنْعِ الزوج، وتطويلِ العدَّة عليها، ثم لما بانَتْ خَطَبَها، فعَضَلَهَا أخوها مَعْقِل، فأَمَرَه النبيُّ صلىٰ الله عليه وسلم بأن يزوِّجها.

وعلىٰ أنه لو صحَّ أنَّ الخطاب توجَّه إلىٰ الآباء، فدلالتنا قائمة؛ لأن معقلاً عَضَلَها، فنهاه النبيُّ عليه الصلاة والسلام عن العَضْل، وأجاز عَقْدَها.

فإن قيل: فما معنىٰ أمر النبي عليه الصلاة والسلام إياه بتزويجها؟

قيل له: لأنه لم يُحِبَّ أن يبتَذِلَها للحضور عند الرجال، والخطاب بالتزويج.

ومَن أَوْلَىٰ بالحق من الفريقَيْن، مَن اعتَصَمَ بحُكْمِ الآية، وما تضَمَّنَتْه من نهي مَعْقِل بن يسار عن العَضْل، أو مَنْ أقامَ علىٰ جواز العَضْل، ومَنَعَ النكاح به علىٰ ما كان فَعَلَه مَعْقِل، فنُهِيَ عنه؟

وأيضاً: ليس يمتنع أن يكون قوله: ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ﴾: خطاباً للناس كلهم، بأن لا يعتقدوا بطلانَ عَقْدِها، ولا الحكمَ بفساد نكاحها؛ لأن العَضْلَ هو المنع، فيجوز أن يُطْلَقَ علىٰ مَن اعتقد من حُكمِه بطلانه أن يقول: مَنَعَ فلانٌ الفقيه هذا العقد.

* ودليلُنا مِن جهة السنة: ما حدثنا محمد بن بكر قال: ثنا أبو داود قال: ثنا الحسن بن علي قال: ثنا عبد الرزاق قال: أنا مَعْمَر عن صالح بن كَيْسان عن نافع بن جُبَيْر بن مُطْعِم عن ابن عباس أنَّ رسول الله صلىٰ الله

عليه وسلم قال: «ليس للولي مع الثيِّب أمْر»[١].

قال أبو داود: وحدثنا القَعْنَبِيُّ قال: ثنا مالك عن عبد الله بن الفَضْل عن نافع بن جُبَيْر عن ابن عباس قال: قال رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم: «الأيِّم أحقُّ بنفسها من وَلِيِّها»[٢].

فَمَنَعَ أن يكون له حقٌّ في مَنْعها العقدَ علىٰ نفسها، كقوله عليه الصلاة والسلام «الجارُ أحقُ بسَقَبه»[٣]، وقوله لأمِّ الصغير: «أنتِ أحقُّ به ما لم تَزَوَّجِي»[٤]، فنفىٰ بذلك كله أن يكون له معها حق.

ويدل عليه أيضاً: حديث الزهري عن سهل «في المرأةِ التي وَهَبَتْ نفسَها للنبي عليه الصلاة والسلام، فقال النبي عليه الصلاة والسلام: ما لي في النساء حاجة، فقام رجل فسأله أن يزوجها، فزوَّجها»[٥].

ولم يسألها: هل لها ولي؟ ولم يشترط الولي في جواز عقدها.

وحديث النبي صلىٰ الله عليه وسلم حين «خَطَبَ أمَّ سَلَمَة، فقالت: ما أحدٌ من أوليائي شاهداً.

---

(١) سنن أبي داود ٥٧٨/٢ وسكت عنه، سنن النسائي ٨٥/٦، صحيح ابن حبان (موارد الظمآن) ص٣٠٤ (١٢٤١). قال ابن حجر في التلخيص الحبير ١٦١/٣: رواته ثقات.

(٢) سنن أبي داود ٥٧٧/٣، وأخرجه مسلم في صحيحه ١٠٣٧/٢.

(٣) تقدم.

(٤) سنن أبي داود ٧٠٧/٢ وسكت عنه، المستدرك للحاكم ٢٠٧/٢ ووافقه الذهبي علىٰ تصحيحه، سنن البيهقي ٤/٨.

(٥) صحيح البخاري ٧٤/٩، صحيح مسلم ١٠٤٠/٢-١٠٤١.

فقال النبي صلىٰ الله عليه وسلم: ما أحدٌ من أوليائك شاهدٌ ولا غائب يكرهني.

فقالت لابنها، وهو غلامٌ صغير(١): قُمْ فزَوِّج رسولَ الله صلىٰ الله عليه وسلم، فزوَّجها»(٢).

فقد تزوَّجَها رسولُ الله صلىٰ الله عليه وسلم بغير ولي.

فإن قيل: لأن النبي صلىٰ الله عليه وسلم كان وليَّها، ووليَّ المرأة التي وَهَبَت نفسَها، لقول الله تعالىٰ: ﴿ٱلنَّبِيُّ أَوْلَىٰ بِٱلْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنفُسِهِمْ﴾(٣).

قيل له: هو أَوْلىٰ بهم فيما يلزمهم من اتِّباعه وطاعته فيما يأمرهم به، فأما أَنْ يتصرَّف عليهم في أنفسهم وأموالهم، فلا.

ألا ترىٰ أنه لم يقل لها حين قالت: ليس أحدٌ مِن أوليائي شاهداً: وما عليكِ من أوليائك، وأنا أَوْلىٰ بك منهم، بل قال: ما أحدٌ من أوليائك يكرهني.

* **قال أبو بكر**: واحتجَّ مخالِفُنا بأخبارٍ ثلاثة رُوِيَتْ عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم أنه قال:

«أيُّمَا امرأةٍ نُكِحَت بغير إذن وليِّها، فنكاحُها باطل، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فإن دَخَلَ بها، فلها مهر مثلها بما استحلَّ من فَرْجِها، فإن

---

(١) فيعتبر ابنها وكيلاً عنها وإن لم يبلغ الحلم.

(٢) تقدم.

(٣) الأحزاب: ٦.

اشتجروا فالسلطان وليُّ مَنْ لا ولي له»[١].

وبحديثٍ يُروىٰ عن علي، وعن أبي موسىٰ، وجابر، وعمران بن حصين وأنسِ بن مالك كلُّهم عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم أنه قال: «لا نكاح إلا بولي»[٢].

والحديث الثالث: حديث هشام بن حسَّان عن محمد بن سِيْرِين عن أبي هريرة قال: قال رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم:

«لا تُزَوِّجُ المرأةُ المرأةَ، ولا تُزَوِّجُ المرأةُ نفسَها، فإنَّ الزانيةَ هي التي تُزَوِّجُ نَفْسَها»[٣].

وهذه الأخبار كلها واهية ضعيفة[٤].

فأما حديث عائشة[٥] فأصح ما عندهم فيه حديثُ ابنِ جُرَيج عن سليمان بن موسىٰ عن الزهري عن عروة عن عائشة.

---

(١) تقدم.

(٢) تقدم.

(٣) سنن ابن ماجه ١/٦٠٦، سنن الدارقطني ٣/٢٢٧ قال ابن الملقن في تحفة المحتاج ٢/٣٦٤: رواه الدارقطني بإسناد علىٰ شرط الصحيح.اهـ، وينظر نصب الراية ٣/١٨٨.

(٤) والغريب أنَّ المصنف رحمه الله قبل صفحات قليلة قال عن حديث: «لا نكاح إلا بولي وشهود» إنه ورد بألفاظ متعددة، وأنها صحيحة من أكثر الوجوه التي رويت فيه!

(٥) يريد والله أعلم: حديث: «أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل...».

وذكر ابنُ عُلَيَّة عن ابن جُرَيْج أنه قال: ثم لقيتُ الزهريَّ فذكرتُ له حديثَ سليمان بن موسىٰ، فلم يعرِفْه[١]، فالزهريُّ في حفظه وإتقانه لم يعرِفْ هذا الحديث، فكيف تثبتُ به الرواية عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم؟

أرأيت رجلَيْن لو شهدا عند حاكم علىٰ شهادة شاهدَيْن، فلم يَحكم الحاكمُ بشهادتهما حتىٰ حَضَرَ الأوَّلان، فقالا: ما أشْهَدْنَاهُما علىٰ شهادَتنا، وما نَعْرِفُ هذه الشهادة، هل كان يجوز للحاكم الحكمَ بشهادة مَن شَهِدَ علىٰ شهادتهما، وهما حاضران لها؟

فإذا كان هذا غير جائز قَبُوله، فكذلك ما وصفنا.

فإن قيل: يجوز أن يكون الزهريُّ رواه ثم نَسِيَه.

قيل له: ويجوز أن يكون سليمان بن موسىٰ نَسِي، فروىٰ عن الزهري ما لم يَسمَعْه، وسليمان أَوْلىٰ بذلك؛ لأنه شيخٌ غيرُ موصوفٍ بفقهٍ ولا إتقان[٢]، والزهريُّ أعلمُ أهلِ الحجاز في وقته[٣]، فالنسيان علىٰ سليمان أَجْوَزُ منه علىٰ الزهري.

---

(١) شرح معاني الآثار ٣/٨، سنن البيهقي ٧/١٠٦، نصب الراية ٣/١٨٥.

(٢) قال ابن حجر في التقريب ص/٢٥٥ (٢٦١٦): سليمان بن موسىٰ الأموي، الدمشقي، الأشدق، صدوق فقيه، في حديثه بعض لين، وخولط قبل موته بقليل اهـ. مات سنة ١١٩هـ، كما في طبقات ابن سعد ٧/٤٥٧.

(٣) في تقريب ابن حجر ص٥٠٦ (٦٢٩٦): محمد بن مسلم الزهري، أبو بكر، الفقيه الحافظ، متفق علىٰ جلالته وإتقانه، وهو من رؤوس الطبقة الرابعة، مات سنة خمس وعشرين اهـ. أي سنة ١٢٥هـ.

* ويدل علىٰ فساد هذا الحديث: أنَّ عائشة قد كانت ترىٰ النكاحَ جائزاً بغير ولي، ولذلك «زَوَّجَتْ حفصةَ بنتَ عبد الرحمن بن أبي بكر المنذرَ بنَ الزبير، وعبدُ الرحمن غائب.

فلمَّا قَدِمَ عبدُ الرحمنِ غَضِبَ، وقال: أَمِثْلِي يُفْتَاتُ[١] عليه في بناته!

فقالت عائشة للمُنْذِر: اِجْعَلْ أمرَها في يده، ففَعَلَ، فقال: قد أجزتُ ما صَنَعْتِيه»[٢].

فلو كان عندها عن النبي عليه الصلاة والسلام في ذلك شيء، لمَا خالَفَتْه إلىٰ غيره.

ومِن مذهب الزهري أيضاً جواز النكاح بغير ولي[٣].

وذكر محمد بن شُجَاع قال: حدثنا مُعَلَّىٰ عن عبد الأعلىٰ عن مَعْمَر عن الزهري قال: «سألتُه عن المرأة تَزَوَّجُ بغير إذن وليِّها؟ قال: إن كان كفؤاً جاز»[٤].

---

(١) «افتأت علينا، يفتئت: إذا استبد علينا برأيه» تاج العروس (فأت)، وفي النهاية لابن الأثير ٤٧٧/٣ قال: «يفتات: هو افتعل من الفوات: السبق، يقال لكل من أحدث شيئاً في أمرك دونك: قد افتات عليك فيه» اهـ «أي يفعل في شأنهن شيء بغير أمره». النهاية ٤٠٦/٣.

(٢) شرح معاني الآثار ٨/٣، سنن البيهقي ١١٢/٧ وصححه ابن حزم في المحلىٰ ٤٥٢/٩، وروىٰ البيهقي عن عائشة رضي الله عنها أنها تقول: لابد من الولي، وضعَّف هذه الرواية ابنُ التركماني في الجوهر النقي.

(٣) أحكام القرآن للمصنف ٤٠١/١.

(٤) المحلىٰ ٤٥٢/٩.

وأيضاً: فلو صح هذا الحديث، كان معناه في الأمة تُزَوِّجُ نفسَها بغير إذن المولىٰ.

كما حدثنا عبد الباقي بن قانع قال: ثنا معاذ بن المثنىٰ قال: حدثنا محمد بن كثير قال: حدثنا سفيان قال: حدثنا ابن جُرَيْج عن سليمان بن موسىٰ عن الزهري عن عُروة عن عائشة قالت: قال رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم:

«أيُّما امرأةٍ نُكِحَتْ بغير إذْن مواليها، فنكاحُها باطل. ثلاثَ مرات، فإن دَخَلَ بها، فلها المهر بما أصاب منها، وإن تشاجروا فالسلطانُ وليُّ مَن لا وليَّ له»[١].

وذِكْره: الموالي: يدلُّ علىٰ أنَّ المراد: الأمة تُزَوَّجُ بغير إذن مولاها؛ لأن المولىٰ علىٰ الحقيقة هو مالك الرَّقبة، حتىٰ يقوم الدليل علىٰ غيره.

وقوله في الأخبار الأُخَر: بغير إذن وليِّها: لا يمنع ذلك؛ لأن المولىٰ وليٌّ إذا كان هو الذي يلي التصرف عليها، في عقد نكاحٍ أو غيره.

فإن قال قائل: وروىٰ هذا الحديث مع سليمان بن موسىٰ عن الزهري، جماعةٌ منهم: جعفر بن ربيعة[٢]، وقُرَّة بن عبد الرحمن[٣]،

---

(١) تقدم.

(٢) جعفر بن ربيعة بن شرحبيل، المصري، ثقة، من الخامسة، مات سنة ست وثلاثين ومائة، كما في تقريب التهذيب ص١٤٠ (٩٣٨).

(٣) قرة بن عبد الرحمن بن حيويل، المعافري المصري، صدوق له مناكير، من السابعة، مات سنة سبع وأربعين، كما في التقريب ص٤٥٥ (٥٥٤١) أي مات سنة ١٤٧هـ.

والحجَّاج بن أَرْطَأة[١]، وعثمان بن عبد الرحمن[٢].

قيل له: كل هؤلاء دون سليمان بن موسىٰ، فإذا لم تصح رواية سليمان، للعلة التي ذكرناها، فهؤلاء أَوْلىٰ بذلك[٣].

* وأما ما روي من قوله عليه الصلاة والسلام: «لا نكاح إلا بولي»: فأصحُّ ما فيه عندهم حديث أبي موسىٰ[٤] وهو عندهم مرسَل، وإنما الصحيح منه عن أبي بردة عن النبي عليه الصلاة والسلام[٥].

وقد حدثنا أبو الحسن الكرخي قال: حدثنا أبو عَوْن الفَرَائِضي قال: ثنا العباس الدُّورِي عن «يحيىٰ بن مَعِين قال: ثلاث لا يصح فيها حديث: أحدُها: لا نكاح إلا بوليٍّ»[٦].

---

(١) الحجاج بن أرطأة بن ثور، النخعي الكوفي، القاضي، أحد الفقهاء، صدوق كثير الخطأ والتدليس، من السابعة، مات سنة خمس وأربعين، كما في تقريب التهذيب ص١٥٢ (١١١٩).

(٢) لم أقف عليه.

(٣) لكن بالنظر إلىٰ ما تقدم من ترجمة ابن حجر لهم يتبين أنه ليس كلهم دون سليمان بن موسىٰ، المترجم له في الصفحة السابقة، فجعفر بن ربيعة ثقة، وينظر نصب الراية ١٨٦/٣.

(٤) سنن الترمذي ٤٠٧/٣-٤٠٩ وقد توسع الترمذي في الكلام علىٰ الحديث، وكذلك الزيلعي في نصب الراية ١٨٣/٣-١٨٤.

(٥) سنن الترمذي ٤٠٧/٣ وقد توسع الترمذي في الكلام علىٰ الحديث، وكذلك الزيلعي في نصب الراية ١٨٣/٣-١٨٤.

(٦) في تاريخ يحيىٰ بن معين من رواية الدوري ٢٣٢/٣ رقم النص (١٠٨٩) قيل ليحيىٰ في حديث عائشة: لا نكاح إلا بولي؟ فقال يحيىٰ: ليس يصح في هذا شيء =

* وأما حديث علي، فرواه الشَّعْبي عن الحارث عنه[١]، وقد كان من مذهب عليٍّ جواز النكاح بغير ولي.

وروىٰ الشيباني عن عبد الرحمن بن مروان «أنَّ امرأةً زَوَّجت ابنَتَها رجلاً بغير ولي، فارتفعوا إلىٰ عليٍّ، فأجاز النكاح»[٢].

وقد كان من مذهب الشعبي وهو راوي الحديث أيضاً جواز النكاح بغير ولي[٣].

علىٰ أنه لو صحَّ الخبر عن النبي عليه الصلاة والسلام بذلك، لما دلَّ علىٰ موضع الخلاف بيننا؛ لأن تَزوُّجَ[٤] المرأة البالغة نفسها: نكاحٌ بولي؛ لأن الوليَّ هو الذي يملك الولاية في العقد، فإذا قامت الدلالة علىٰ أنَّ للمرأة ولايةً في العقد، فنكاحها نكاحٌ بولي.

وإنما النكاح بغير ولي، نكاحُ الصغير، والأَمة، والعبد، والمجنون، ونحوهم ممَّن لا ولاية لهم في أنفسهم.

إلا حديث سليمان بن موسىٰ اهـ. وينظر سنن البيهقي ١٠٥/٧.

(١) سنن البيهقي ١١١/٧.

(٢) سنن البيهقي ١١٢/٤، وفي مصنف عبد الرزاق ١٩٦-١٩٧ عن علي رضي الله عنه أنه كان يقول: «إذا تزوج بغير إذن ولي ثم دخل بها، لم يفرق بينهما، وإن لم يصبها فرِّق بينهما» لكن البيهقي في السنن ١١١/٧ أسند بإسناد صحيح إلىٰ علي رضي الله عنه أنه لا نكاح إلا بولي، وأنه كان من أشد الصحابة رضي الله عنهم في ذلك، والظاهر اختلاف الرواية عن علي رضي الله عنه.

(٣) مصنف ابن أبي شيبة ١٣٣/٤، مصنف عبد الرزاق ١٩٧/٦.

(٤) هكذا في الأصل، وهي علىٰ وزن (تفعل): بمعنىٰ (تزويج): علىٰ وزن: (تفعيل)، كما في فتح الباري ١٣٤/٧، مجمع بحار الأنوار ٤٤٢/٢.

ألا تـرىٰ أنَّ قولـه: «لا نكـاح إلا بـولي»: لم يخـصَّ بـه المـرأةَ دون الرجل، والرجلُ إذا عَقَدَ لنفسه عَقْدَ نكاح، كان نكاحه نكاحاً بوليٍّ؛ لأنـه يلي علىٰ نفسه، ويتصرف عليها، وكذلك المرأة.

ألا ترىٰ أنَّ ما احتِيْجَ فيه إلىٰ الولي، لا يختلف فيه حكم الرجل والمرأة؛ لأن العبد، والمجنون، والصبي، لا يصح عقدهم إذا لم يكن عقدهم بولي.

وقد يصح أن يُجعلَ هذا الخبر أصلاً لصحة قولنا، وذلك لأنه قد أجاز النكاح بوليٍّ، والمرأة وليٌّ؛ لأنها تلي أمرَ نفسِها، فظاهر الخبر يقتضي جواز عقدِها علىٰ نفسها.

* وأما حديث أبي هريرة عن النبي عليه الصلاة والسلام: «لا تُزَوِّجُ المرأةُ المرأةَ، ولا تُزَوِّجُ المرأةُ نفسَها»: فليس ذلك علىٰ وجه التحريم، وإفساد العقد، وإنما وجهه: أنَّ عقد النكاح لمَّا كان شرطُه الشهودَ، وحضورَ الرجال، كَرِهَ عليه الصلاة والسلام للمرأة أن تحضُرَ ذلك، ولاسيما وقد كان النبي عليه الصلاة والسلام يأمر بإعلان النكاح، وجَرَت العادةُ بعقده في المحافِلِ العِظَام، بمَشْهَدٍ من الجماعات، وحُكْمُ النساء أن يكُنَّ مَصونات عن حضورها، فلذلك استَحبَّ عليه الصلاة والسلام للمرأة أن لا تَحْضُرَ عقدَ النكاح[1].

وأيضاً: قد روىٰ الفَضْل بن موسىٰ هذا الحديث عن هشام بن حسان بإسناده، وقال فيه: قال رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم: «لا نكاح إلا

---

(١) وقد تقدم ذكره لهذا المعنىٰ مختصراً، ويُذكر في معارك السجال العلمي كل احتمال.

بولي، أو سلطان»[١].

حدثنا به عبد الباقي قال: حدثنا حسين بن إسحاق قال: حدثنا هَدِيَّة ابن عبد الوهاب قال: حدثنا الفضل بن موسىٰ.

فيجوز أن يكون هذا أصل الحديث، وأن مَن قال: «لا تُزَوِّجُ المرأةُ المرأَةَ»: إنما نَقَلَ المعنىٰ من عنده.

* وأما قوله: «فإن الزانية هي التي تزوِّج نفسها»: فليس من قول النبي عليه الصلاة والسلام، وإنما هو من قول أبي هريرة، أدرجه في الحديث.

ويدل علىٰ ذلك: ما حدثنا دَعْلَج بن أحمد قال: ثنا موسىٰ بن هارون قال: ثنا أبي قال: ثنا محمد بن سعيد الأَصْفَهَاني قال: ثنا عبد السلام بن حَرْب عن هشام عن ابن سيرين عن أبي هريرة رَفَعَه إلىٰ النبي صلىٰ الله عليه وسلم قال: «لا تُنْكِحُ المرأةُ المرأةَ، ولا تُنْكِحُ نفسَها».

قال أبو هريرة: كان يُقال: الزانية تُنْكِحُ نفسَها[٢].

وأَبْيَنُ من ذلك: ما حدثنا عبد الباقي بن قانع قال: ثنا محمد بن عثمان بن أبي شيبة قال: ثنا عُبَيْد بن يَعِيْش قال: ثنا عبد الرحمن بن محمد البخاري قال: ثنا عبد السلام بن حَرْب عن هشام بن حسان بإسناده مثله، قال أبو هريرة: وكُنَّا نقول: التي تُزَوِّجُ نفسَها هي الزانية[٣].

فأخبر أنَّ ذلك مِن قوله، لا من لفظ النبي صلىٰ الله عليه وسلم،

---

(١) رواه ابن أبي شيبة في مصنفه ١٢٩/٤ موقوفاً علىٰ عمر وابن عباس رضي الله عنهم.

(٢) مصنف ابن أبي شيبة ١٣٥/٤، سنن البيهقي ١١٠/٧.

(٣) سنن البيهقي ١١٠/٧.

فأخبر في هذا الحديث أنه ليس من قول النبي صلىٰ الله عليه وسلم؛ لأنه يمتَنِعُ أن يقول فيما قد حفظه عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم: كان يقال.

وعلىٰ أنه لا خلاف بين المسلمين[١] أن نفسَ النكاح ليس بزنىٰ، مُحَالٌ[٢] لأسمائه مجازاً ولا حقيقة، وإنما يقع الوطء حينئذٍ محرَّماً علىٰ قول مَن لا يُجيزه.

والنبي صلىٰ الله عليه وسلم لم يذكر الوطءَ، وإنما ذَكَرَ العقدَ، والعقدُ لا يكون زنىٰ بوجه.

وعلىٰ أنَّ الواجبَ حَمْلُ اللفظ لو ثبت علىٰ حقيقته، وحقيقة النكاح هي الوطء، فيكون حينئذ معنىٰ اللفظ: الزانيةُ هي التي تُمكِّن من الوطء من غير عقد، وكذلك نقول، إذ ليس في اللفظ ذكر العقد.

* وعلىٰ أنه لو ثَبَتَ أنَّ المراد العقد، كان معناه: أن تزوِّج نفسَها بغير شهود، كما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال: الزانيةُ التي تُنْكِحُ نفسَها بغير بيِّنة[٣].

* وهذه المعاني كلها إنما نعتبرها، ونتكلم عليها، علىٰ تسليم الخبر،

---

(١) المغني ٧/٣٣٧.

(٢) في الأصل (فحال)، ولم أجد أقرب للمعنىٰ مما أثبته، ويكون المراد ـ والله أعلم ـ: أنَّ عقد النكاح الذي أقامته المرأة علىٰ نفسها لا يسمىٰ زنىٰ، ومحال في أسماء النكاح مجازاً ولا حقيقة أن يسمىٰ ما جرىٰ زنىً، هذا ما قدرته، مع أنَّ المؤلف ذكر في أحكام القرآن ١/٤٠٣ هذا الاستدلال لكن لم يذكر هذه الكلمات الأربع (فحال لأسمائه مجازاً ولا حقيقة)، والله أعلم بالصواب.

(٣) تقدم.

فأما إذا اعتبرنا أصلَ الخبر ومخرجه، فإنا نجده ضعيفاً واهناً، لو احتُجَّ علىٰ مخالِفٍ بمثله، لما قَبِلَه؛ لأن الذين يروونه عن هشام بن حسان قومٌ لا تثبت بهم حجة، وذِكْرُه يطول.

ومثل هذا الخبر لا يجوز الاعتراض به علىٰ ظاهر الآي التي تَلَوْنَا، ولا علىٰ السُّنَن الثابتة التي قدَّمْنا.

فإن قيل: لو لم يكن للولي ولاية في العقد، لما كان له الاعتراض إذا زَوَّجَتْ نفسَها من غير كفؤ.

قيل له: لم يتعلَّق حقه بنفس العقد، وإنما تعلَّق حقُّه بما يَدْخُلُ عليه من الغَضَاضة في وَضْعِها نفسَها في غير كفؤ.

وثبوت حقِّه بعد وقوع العقد علىٰ هذا الوجه، لا يدل علىٰ بطلان العقد في الأصل، ألا ترىٰ أنَّ الشفيعَ ثبت له الحق في العقد بعد وقوعه، ولا يُوجب ذلك بطلان العقد بَدْءاً، وكذلك وجود العيب بالعبد يوجب للمشتري الخيار في الردِّ، ولا يدل ثبوت خياره في الفسخ بعد وقوعه علىٰ بطلان العقد.

* والذي يدل من جهة النظر علىٰ صحة قولنا، اتفاق الجميع علىٰ جواز نكاح الرجل إذا كان جائز التصرف في ماله، كذلك المرأة، لما كانت جائزة التصرف في مالها، وجب أن يجوز عقدُ نكاحِها.

والدليل علىٰ أنَّ العلَّة في جواز نكاح الرجل ما وصفنا: أنَّ الرجل إذا كان مجنوناً، غير جائزِ التصرف في ماله، لم يجز نكاحه، فدل علىٰ صحة ما وصفنا.

فإن قيل: الفرق بينهما أنَّ الرجل وإن تزوَّج غيرَ كفءٍ، لم يكن للأولياء فسخ نكاحه.

قيل له: اختلافهما من هذا الوجه، لا يمنع الجمعَ بينهما من الوجه الذي ذكرنا، وإنما اختلفا من قِبَل أنَّ تزويج الرجل غير كفء، لا يُدخل غَضَاضَة علىٰ أوليائه، وتزويج المرأة غير كفءٍ، تُدخل الغَضَاضة علىٰ أوليائها.

مسألة: [عدم انعقاد النكاح بشهادة عَبْدَيْن]

قال: (ومَن تزوَّج بشهادة عَبْدَيْن: لم ينعقد نكاحُه).

قال أحمد: الأصل في ذلك: أنَّ كلَّ مَن جاز أن يكون وليَّاً في عقد النكاح، جاز وقوع العقد بشهادته، وذلك لأن وجودَ الولي فيه بعض العقد، كالشهادة، فلما لم يجز أن يكون العبد ولياً في العقد، لم يجز أن يكون شاهداً فيه.

ولهذه العلَّة لم ينعقد بشهادة الصغِيرَيْن، والكافِرَيْن.

وأما المحدود في القذف، والأعمىٰ، والفاسق، فكلُّ هؤلاء يصح أن يكون ولياً في العقد، فجاز أن يكون شاهداً.

وإن شئتَ قلتَ: إن كلَّ مَن صحَّ العقد بقَبُوله، جازَ مثلُه أَنْ يكون شاهداً فيه، والعبدُ ممَّن لا يصح العقد بقَبُوله، وإنما يصح بالمَولىٰ.

وكذلك الصبي والكافر في عقد المسلم، وإنما وَجَبَ أن تكون الشهادة معتبَرة بالقَبُول، لأن العقدَ مفتَقِر في صحته إلىٰ الشهادة والقبول.

وأما المحدود في القَذْف والفاسق ونحوهم، فكل هؤلاء يصح العقد بقبولهم، فجاز أن يكونوا شهوداً فيه.

فإن قيل: لمَّا لم يصح إثبات العقد عند الحاكم بشهادة هؤلاء، وَجَبَ أن لا ينعقد بحضورهم.

قيل له: ليس حال تحمُّل الشهادة معتبَرة بالأداء، والدليل علىٰ صحة ذلك: أنه قد يصح أن يتحمَّل الرجل شهادةً في حال الكفر والرِّق، فيؤديَها في حال الإسلام، والبلوغ، والحرِّية، وتكون شهادتُه مقبولة، فدل علىٰ أن التحمَّل غير معتبَر بالأداء.

ويدل علىٰ ذلك أيضاً: أنه لو تزوَّج امرأةً بشهادة ابنَيْه منها: جاز العقد، ولم يقدح فيه امتناع إثبات هذا الحق بشهادتهما.

فإن قيل: روي عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم أنه قال: «لا نكاح إلا بولي، وشاهدَيْ عدل»[(١)].

يرویٰ ذلك في حديث عائشة، وعن عمران بن حصين، وجابر، وأنس كلهم عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم.

قيل له: طريق هذه الأحاديث ضعيفة واهية جداً[(٢)]، ولولا كراهة التطويل لبيَّنَّاها.

وعلىٰ أنها لو ثَبَتَتْ، لما جاز الاعتراض بها علىٰ ما قدَّمنا، ولا أوجبَ منعَ النكاح وفساده إذا لم يكن الشهود عدولاً، وذلك لأن سائر الأخبار الواردة عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم في ذلك، توجب جوازَ النكاح بحضور الفاسِقَيْن؛ لأن قوله: «لا نكاح إلا بولي وشاهدَيْن»، وقوله: «لا نكاح إلا بولي وشهود»، يقتضي جواز النكاح بحضور الفاسِقَيْن.

---

(١) تقدم، والمراد الاعتراض علىٰ قبول شهادة الفاسق ونحوه، حيث نص الحديث علىٰ اشتراط كونهما عدولاً.

(٢) أي التي فيها اشتراط العدالة.

واللفظ الذي فيه ذِكْر العدالة، لو حَملْنَاه علىٰ نفي الأصل، كان فيه تخصيصُ اللفظ المطلَق الذي ليس فيه شرط العدالة، فقد يمكننا استعمال اللفظ من غير تخصيص، بأن يُجعلَ الخبر الذي فيه شرط العدالة، محمولاً علىٰ نفي الكمال، لا نفي الأصل، ويكون معناه: لا نكاح تام، إلا بشهادة عَدْلَيْن، إذ لا يمكن أحداً إثباته مع التجاحد عند الحاكم إلا بالشهود.

وأيضاً: لا يجوز لنا تخصيص اللفظ بلفظ يحتمل التخصيص، ويحتمل غيره، ولأنا متىٰ أَمْكَننا استعمال اللفظَيْن علىٰ فائدتَيْن، لم يُقْتَصَرْ بهما علىٰ فائدةٍ واحدة.

مسألة: [صحة عقد الكافرَيْن بشهادة كافرَيْن]

قال أبو جعفر: (فإن كان الزوجان كافِرَيْن، انعقدَ النكاح بحضور شاهدَيْن كافِرَيْن).

قال أحمد: وذلك لما بيَّنَّا، أنَّ كلَّ مَن جاز أن يكون ولياً في العقد، جاز أن يكون شاهداً فيه، والكافر يكون ولياً للكافر في عقد النكاح.

وعلىٰ العلة الأخرىٰ، أنَّ النكاح قد يصح بقَبُول الكافر، فجاز أن يكون مثله شاهداً فيه.

وأيضاً: فإن نكاح أهل الذمة يجوز عندنا بغير شهود، ولو أسلموا: لم يفرَّق بينهم.

مسألة: [زواج المسلم من نصرانيةٍ بشهادة كافرَيْن]

قال: (وإذا تزوَّج المسلم نصرانيةً بشهادة كافرَيْن: جاز في قول أبي حنيفة وأبي يوسف).

قال أحمد: وهذا صحيح لما قدَّمْنا من الأصل، من أنَّ كلَّ مَن جاز

أن يكون ولياً في عقد، جاز أن يكون مثلُه شاهداً فيه، والكافر يصح أن يكون ولياً في هذا العقد.

وأيضاً: فإن هذا العقد قد صحَّ بقَبُول الكافر، وهي المرأة، فجاز أن يكون الكافر شاهداً فيه علىٰ النحو الذي بيَّنَّا.

وأيضاً: فقد أتىٰ الرجلُ من الشهود بما يثبت به العقد علىٰ المرأة لو أراد إثباتَه عند الحاكم لو جَحَدَتْه، فإذا جاءَ من الشهود مَن عليه إثبات العقد به عند الحاكم، صحَّ العقد؛ لأن جَحْدَ[1] المرأة لا تحتاج فيها إلىٰ الشهود؛ لأن نكاح أهل الذمة جائز بغير شهود.

* وقال محمد: لا يصح؛ لأن الشهود في هذه الحال، بمنزلة مَن [لم][2] يسمع لفظَ الزوج بالعقد؛ لأن حضورَهم في عقد المسلم، كَلاَ حضور.

قال أحمد: ليس حضورهم عقد المسلم، بمنزلة مَن لم يسمع قوله، والدليل علىٰ ذلك: أنه لو كان معها رجلان كافران[3]، وحَضَرَا العقد، ثم أسلما، فشهدا بالعقد، وقالا: كان معنا مسلمان، حُكِم بالعقد، ولم يكونا بمنزلة مَن لم يسمع لفظ المسلم بالعقد.

مسألة: [استئذان البِكْر في زواجها]

قال أبو جعفر: (ولا ينبغي للرجل أن يزوِّجَ ابنتَه البِكْر البالغ

---

(١) في الأصل: (حسه) هكذا، وينظر لما أثبته المبسوط ٥/٣٤.

(٢) ساقطة من الأصل، والمعنىٰ يقتضيها، كما سيأتي في سياق كلام للشارح الجصاص.

(٣) في الأصل (مسلمان).

الصحيحة العقل حتىٰ يَسْتَأْذِنَها، فإن سكَتَتْ: كان ذلك كإذنها بالقول، وإن أَبَتْ: لم يجز تزويجه إياها).

قال أحمد: يُحتَجُّ فيه من جهة الظاهر بقوله تعالىٰ: ﴿وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا﴾[١]، وبقوله: ﴿وَأَن لَّيْسَ لِلْإِنسَٰنِ إِلَّا مَا سَعَىٰ﴾[٢].

وجميع ما قدَّمنا في جواز النكاح بغير ولي، يدلُّ علىٰ ذلك أيضاً؛ لأنها إذا جاز لها تزويج نفسها، لم يجز عقد الأب عليها بالاتفاق.

ومن جهة السنة: ما حدثنا محمد بن بكر البصري قال: حدثنا أبو داود قال: حدثنا أبو كامل قال: حدثنا يزيد بن زُرَيْع قال: حدثني محمد بن عمرو قال: أبو سلمة عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم:

«تُسْتَأْمَرُ اليتيمةُ في نفسها، فإن سكَتَتْ، فهو إذنها، وإن أَبَتْ، فلا جواز عليها»[٣].

ومعلومٌ أنَّ المراد باليتيمة في هذا الموضع البِكْر، لاتفاق الجميع[٤] علىٰ أنَّ السكوتَ لا يكون إذناً إلا في البِكْر خاصة.

---

(١) الأنعام: ١٦٤.

(٢) النجم: ٣٩.

(٣) سنن أبي داود ٢/٥٧٣، سنن الترمذي ٣/٤١٧ وقال: حديث حسن، سنن النسائي ٦/٨٧، المستدرك للحاكم ٢/١٦٦-١٦٧ وقال: صحيح علىٰ شرط الشيخين، ووافقه الذهبي أنه صحيح علىٰ شرط مسلم، صحيح ابن حبان (موارد الظمآن) ص٣٠٤ (١٢٤٠).

(٤) المغني ٧/٣٨٦.

ويدل لفظ الخبر علىٰ أنها بالغ؛ لأن الصغيرة لا اعتبار بإذنها.

فإن قيل: معناه: اليتيمة التي لا أبَ لها، فيزوجها وليٌّ غير الأب.

قيل له: الكبيرة لا تسمَّىٰ يتيمة من جهة فَقْد الأب[1]، وإنما تسمَّىٰ من جهة أنها مفرَدَة عن زوج[2]، كما أنشد أبو عمر[3] غلامُ ثَعْلب عن ثعلب عن ابنِ الأعرابي[4]:

إن القبورَ تَنْكِحُ الأَيَأمَىٰ النِّسْوَةَ الأَرَامِلَ اليَتَامىٰ[5]

فسمَّاهنَّ يتامىٰ وهنَّ بالغات، إذ كنَّ مفرداتٍ عن الأزواج.

ويدل عليه أيضاً: ما حدثنا محمد بن بكر قال: حدثنا أبو داود قال: حدثنا مسلمُ بن إبراهيم قال: حدثنا أَبَان قال: حدثنا يحيىٰ عن أبي سلمة عن أبي هريرة أنَّ النبي صلىٰ الله عليه وسلم قال: «لا تُنْكَحُ الثَّيِّب حتىٰ

---

(١) في لسان العرب (يتم) ١٢/٦٤٦: «وإذا بلغا - أي الصبي والصبية - زال عنهما اسم اليتم حقيقة» اهـ.

(٢) في اللسان (يتم) ١٢/٦٤٥ «اليُتْم: الانفراد.. قال أبو عبيدة: تدعىٰ يتيمة ما لم تتزوج، فإذا تزوجت زال عنها اسم اليتم» اهـ.

(٣) هو أبو عمر محمد بن عبد الواحد الزاهد، وقد تقدم في شيوخه، وقد جاء في الأصل: (أبو عمرو).

(٤) أبو عبد الله، محمد بن زياد، الكوفي، صاحب اللغة، كان راويةً لأشعار القبائل، له تصانيف كثيرة منها: النوادر، توفي رحمه الله سنة ٢٣١هـ، له ترجمة في وفيات الأعيان ٤/٣٠٦، إنباه الرواة ٣/١٢٨.

(٥) في لسان العرب (يتم) ١٢/٦٤٥: «وأنشدوا: وينكح الأرامل اليتامىٰ» هكذا. والمعنىٰ - والله أعلم - إن التي فَقَدَتْ زوجهَا فكأنها ماتت.

تُسْتَأْمَر، ولا البِكْرُ إلا بإذْنها، قالوا: يا رسول الله! ما إذْنها؟ قال: أن تَسْكُت»[١].

ويدل عليه حديث ابن عباس قال: قال رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم: «الأيِّم أحقُّ بنفسها من وليِّها، والبِكْر تُستأمر في نفسها، وإذنها صُمَاتُها»[٢].

وفي بعض الألفاظ: «وصَمْتُها إقرارها»[٣].

وروت عائشة رضي الله عنها عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم قال: استَأْمِرُوا النساء في أَبْضاعِهنَّ قال: قلتُ: فإنَّ البِكْر تستحيي فتسكت، قال: فهو إذنها»[٤].

فهذه الأخبار كلها تدل علىٰ أن تزويج البِكر لا يجوز بغير إذنها.

وروىٰ أبو إسحاق عن أبي بردة عن أبي موسىٰ عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم: «تُستَأمرُ اليتيمةُ في نفسها، فإن سكتت فقد أذِنَتْ، وإن أَنْكَرَتْ، لم تُزَوَّج»[٥].

وحدثنا محمد بن بكر قال: حدثنا أبو داود قال: حدثنا عثمان بن أبي

---

(١) سنن أبي داود ٢/٥٧٣، وهو في صحيح البخاري ٩/١٩١، صحيح مسلم ٢/١٠٣٦.

(٢) صحيح مسلم ٢/١٠٣٧.

(٣) صحيح مسلم ٢/١٠٣٧.

(٤) صحيح البخاري ١٢/٣١٩، صحيح مسلم ٢/١٠٣٧.

(٥) قال الترمذي في سننه ٣/٤١٨ حين خرَّج حديث تستأمر اليتيمة المتقدم من رواية أبي هريرة قال: وفي الباب عن أبي موسىٰ، وأخرجه البيهقي في سننه ٧/١٢٠.

شيبة قال: حدثنا حسين بن محمد قال: حدثنا جرير بن حازم عن أيوب عن عِكرمة عن ابن عباس أنَّ جاريةً بِكْراً أَتَت النَّبيَّ صلىٰ الله عليه وسلم، فذَكَرَتْ أنَّ أَبَاها زوَّجَها، وهي كارِهة، فخيَّرها النبيُّ صلىٰ الله عليه وسلم»[1].

وحدثنا عبد الباقي بن قَانع قال: حدثنا أبو العباس علي بن محمد المَرْوَزِي الطَّهْمَاني قال: حدثنا عمر بن محمد البخاري قال: حدثنا أبي قال: حدثنا عَبْدَان بن عثمان[2] عن أبي حمزة عن سِوَار بن داود البصري عن ثابت عن أنس بن مالك قال:

«جاءت جاريةٌ إلىٰ رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله! إنَّ أَبَوَايَ زوَّجاني ولم يستَأْمِرَاني، فهل لي مِن شيء؟ فقال لها رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم: اتَّقِ اللهَ في أَبَوَيْكِ، مرَّتين يردِّدُها، قالت: قد خرجتُ من عنده، ففرَّق بينهما النبي صلىٰ الله عليه وسلم»[3].

---

(١) سنن أبي داود ٣/٥٧٦، سنن ابن ماجه ١/٦٠٣. قال ابن حجر في التلخيص الحبير ٣/١٦١: «رجاله ثقات، وأُعل بالإرسال، وأجيب بأنه روي موصولاً، وإذا اختلف في وَصْل الحديث وإرساله، حُكِم لمن وَصَله علىٰ طريقة الفقهاء»، ونَقَل الزيلعي في نصب الراية ٣/١٩١ عن ابن القطان أنه حديث صحيح، وبيَّن الزيلعي وصله.

(٢) في الأصل: (عن بمنىٰ عجان) هكذا، وبالبحث وجدت أنَّ أبا حمزة هو محمد بن ميمون السكري، كما في تهذيب الكمال ١/٥٥٩، ووجدت ممن روىٰ عن أبي حمزة عبدان بن عثمان، كما في تهذيب الكمال ٣/١٢٨٠ وهو أقرب الأسماء إلىٰ رسم المخطوط ولذا أثبته، وكأن الناسخ لم يعرف الاسم فرسمه هكذا، والله أعلم.

(٣) لم أهتد إليه بهذا اللفظ، وفي هذا المعنىٰ عند البيهقي في السنن ٧/١٢٠.

وحدثنا عبد الباقي بن قانع قال: حدثنا الحسن بن علي العَمْـري قـال: حدثنا عبد الرحمن بن إبراهيم ـ دُحَيْم ـ قال: حدثنا الوليد بن مسلم عن ابن أبي ذئب عن نافع عن ابن عمر أنَّ رجلاً زوَّج ابنتَه بِكْراً، فكَرِهَتْ، وأَتَت النَّبيَّ صلىٰ الله عليه وسلم، فردَّ نكاحَها[(١)].

ورویٰ محمد بن عبد الرحمن البَيْلَمَاني عن أبيه عن ابن عمر قال: كانَ رسولُ الله صلىٰ الله عليه وسلم يَنْزِعُ النساءَ مِن أزواجهن ثيبات وأبكاراً إذا كَرِهْنَ ذلك بعد ما يُزَوِّجُهنَّ آباؤهن وإخوتُهن[(٢)].

حدثنا عبد الباقي بن قانع قال: حدثنا أحمد بن عمر الزِّئْبَقِي قال: حدثنا عَبْدة بن عبد الله قال: حدثنا محمد بن الحارث الحارثي قال: حدثنا محمد بن عبد الرحمن البَيْلَمَاني بذلك.

قال أحمد: وقد اختُلِفَ في قصة خَنْسَاء بنتِ خِدَام فقال بعضهم: زوَّجَها أبوها وهي ثيِّب بغير أمرها، فردَّ النبيُّ صلىٰ الله عليه وسلم نكاحَها حين كَرِهَتْه[(٣)].

وقال بعضهم: زوَّجَها وهي بِكْر.

---

(١) سنن الدارقطني ٢٢٩/٣، ٢٣٦ وقال: ابن أبي ذئب لم يسمعه من نافع، وإنما رواه عن عمر بن حسين عنه، وهو أحد طرق حديث ابن عباس المتقدم في الصفحة السابقة.

(٢) نسبه الزيلعي في نصب الراية ١٩١/٣ للدارقطني، ولم أهتد إليه في سننه، فلعله في غير السنن.

(٣) صحيح البخاري ١٩٤/٩، وقد ذكر ابن حجر في الفتح ١٩٥-١٩٦ عدة أسانيد لحديث خنساء ثم قال: «وهذه أسانيد يقوىٰ بعضها ببعض، وكلها دالة علىٰ أنها كانت ثيباً».

وهو ما حدثنا عبد الباقي قال: حدثنا أحمد بن عَنْبَسَة بن لَقِيْط بن أَوْفَىٰ الضَّبِّي قال: حدثنا عبد الله بن المُبَارك عن سفيان عن عبد الرحمن بن القاسم عن عبد الله بن وَدِيعة[1] عن خَنْسَاء بنت خِدَام قالت: أَنْكحَني أبي، وأنا بِكْر، فشكوتُ ذلك إلىٰ النبي صلىٰ الله عليه وسلم فقال: «لا تُنْكِحْها وهي كارِهة»[2].

وقد يجوز أن يصحَّ الخَبَران جميعاً، بأن يكون زوَّجها وهي بِكْر، فردَّ نكاحها، ثم تزوجت[3] برضاها، وطلَّقَهَا زوجُها بعد الدخول، فزوَّجها وهي ثيِّب، فردَّ نكاحها.

فقَضَتْ هذه الأخبار علىٰ صحة قولنا، وبطلان قول مخالفنا.

فإن قيل: إنما أَمَرَ باستئمار البِكْر، تَطْيِيباً لنفسها، كما روي عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم أنه قال: «استأمِرُوا النساء في بناتِهن»[4].

ولو زوَّجها الأب بغير إذن الأم: جاز، وكان أمرُه باستئمَارِهن علىٰ جهة تطييب أنفسهن.

---

(١) في الأصل: (ربيعة)، والتصويب من فتح الباري ١٩٥/٩.

(٢) أخرجه النسائي في الكبرىٰ، والطبراني في الكبير من طريق ابن المبارك ٢٥١/٢٤، كما في نصب الراية ١٩١/٣، فتح الباري ١٩٥/٩، وقد ذكره ابن حجر في الزيادات والشواهد، فهو حسن أو صحيح علىٰ قاعدته، ونقل الزيلعي عن عبد الحق في أحكامه قال: وقع في كتاب النسائي أنها كانت بكراً، والصحيح أنها كانت ثيباً، كما رواه البخاري اهـ.

(٣) في الأصل: (ثم تزوجها، ثم تزوجت).

(٤) سنن أبي داود ٥٧٥/٢ وسكت عنه. قال المنذري في المختصر ٣٩/٣: فيه رجل مجهول، مسند أحمد ٣٤/٢ ولفظهما: (آمروا...).

قيل له: هذا خَلْفٌ[1] من القول، لا تحتمله الأخبار التي روينا؛ لأن النبي صلىٰ الله عليه وسلم في حديث ابنِ عباس، وأنسٍ، وابنِ عمر، فرَّق بينهما، ولم يُجزِ العقدَ عليها، فهذا تأويلٌ ساقط في هذه الأخبار.

وقال في حديث أبي هريرة، وأبي موسىٰ: «وإن أَبَتْ، فلا جواز عليها»[2].

وأما لفظ حديث ابن عباس: «والبِكْر تُسْتَأْمَرُ في نفسها»[3].

وحديث عائشة: «استأمِرُوا النِّساءَ في أَبْضَاعِهن»[4].

فإن ظاهره يقتضي الوجوب، ولا يجوز حَمْلُه علىٰ النَّدْب، وتطييب النفوس، إلا بدلالة.

ولو ساغ هذا التأويل في البِكْر، ساغ في قوله: «والثيِّب تُشَاوَر»[5] مثله.

وعلىٰ أنَّ قولَه عليه الصلاة والسلام في حديث ابن عباسٍ: «الأَيِّم أحقُّ

---

(١) الخَلف: الرديء من القول، مختار الصحاح (خلف).

(٢) تقدم.

(٣) تقدم.

(٤) تقدم.

(٥) مسند أحمد ٢/٢٢٩، تعليق الشيخ: أحمد شاكر علىٰ المسند ١٢/١٠٢ (٧١٣١)، وقد ذكره الحافظ ابن حجر في الفتح ٩/١٩٢ في الزيادات، وعزاه لابن المنذر، فهو صحيح أو حسن علىٰ شرطه، وذكره الزيلعي في نصب الراية ٣/١٩٥ وقال: غريب بهذا اللفظ!، وتبعه ابن حجر في الدراية ٢/٦٢ فقال: لم أره بهذا اللفظ! قلت: فجَلّ من لا يثبت عنه شيء.

بنفسها مِن وليِّها»، قد انتظم البِكْرَ والثيِّبَ؛ لأن الاسمَ يتناولُهُما، واستئنافه لذِكْر البِكْر، لا يمنع دخولَهما في اللفظ الأول؛ لأنه استأنف ذِكْرَها، لأجل الحُكْم الذي اختصَّت به، من كون سكوتِها رضاً.

وإذا كان كذلك امتَنَعَ احتمالُ التأويل في قوله: «الأيِّم أحق بنفسها مِن وليِّها»: أن يكون المرادُ فيه استطابة نفسها.

فإن قيل: لو كانت البِكْر ممَّن يُعتبر إذنها، لَمَا كان إذنها إلا بالقول، كالثيِّب.

قيل له: الذي أوجب علينا اعتبارَ إذْنها، والرجوعَ إلىٰ قولها، هو الذي قال لنا: سكوتُها رِضَاها، ولا يجوز لأحدٍ الاعتراض علىٰ السنَّة بالنَّظَر.

وعلىٰ أنَّ ذلك إخلاف في كيفية الإذن، وذلك لا يقدح في وجوب اعتبار الإذن في الأصل.

وقد يكون السكوت بمنزلة القول في كثير من الأصول[1].

ألا ترىٰ أنَّ سكوتَ الشفيع بعد العلم بالبيع، بمنزلة قوله: قد سلَّمْتُ الشفعة.

وقال النبي صلىٰ الله عليه وسلم لبَريرَة حين أُعْتِقَتْ وخيَّرها: «إن قَرُبَكِ زوجُكِ، فلا خيارَ لكِ»[2]، فجَعَلَ سكوتَها عن الاختيار حتىٰ يَقْرَبَها، بمنزلة قولها: قد رضيتُكَ.

---

(١) ذكر ابن عابدين في الحاشية ٤/٤٨٢ أكثر من أربعين مسألة السكوت فيها كالنطق.

(٢) تقدم.

وليس إذاً اختلاف البِكْر والثيِّب في كيفية الإذن من مسألتنا في شيء.

ومِن جهة النظر: اتفاق الجميع[1] علىٰ امتناع جواز عقد نكاح الثيِّب البالغ عليها إلا بإذنها، والمعنىٰ فيه: أنها تَلي علىٰ نفسها التصرُّف في الشراء والبيع، وهذا المعنىٰ موجود في البِكْر، فوَجَبَ أن يكون مثلها.

ويدل عليه اتفاق الجميع[2] علىٰ أنَّ الأخ ونحوَه لا يزوِّج البِكْر بغير إذنها؛ لأنها تلي أمرَ نفسها، فلا يستحق غيرُها الولاية عليها.

مسألة: [نكاح البِكْر بغير إذنها موقوفٌ علىٰ إذنها]

قال أبو جعفر: (فإن زوَّجها، ولم يستأْذِنْها، فإن بَلَغَها وسكَتَتْ: جاز عليها، وإن ردَّت: بَطَلَ).

قال أحمد: يُحْتَجُّ في جواز النكاح الموقوف من جهة الظاهر بقوله: ﴿وَأَنكِحُواْ ٱلۡأَيَٰمَىٰ مِنكُمۡ﴾[3]، واقتضىٰ ذلك جواز إيقاع العقد لكلِّ أحدٍ؛ لأن النكاح هو الإيجاب والقَبُول، فقد أباحت الآية ذلك، وتضمَّنَتْ معنيَيْن: وقوعَ العقد ونفاذَه، فلمَّا اتفق الجميع علىٰ أنَّ مَن لا ولاية له في العقد لا ينفذ عقده علىٰ المعقود عليه، خَصَصْنا ذلك من الآية، وبَقِيَ حكمُها في وقوعه حتىٰ تلحقه الإجازة من جهة المعقود عليه.

ويدل عليه من جهة السُّنَّة: ما قدَّمنا من حديث جرير بن حازم عن أيوب عن عِكرمة عن ابن عباس في البِكْر التي زوَّجها أبوها بغير أمرها،

---

(١) المغني ٧/٣٨٥.

(٢) ومثله في القوانين الفقهية ص١٣٣، وينظر المغني ٧/٣٨٢.

(٣) النور: ٣٢.

فخيَّرها النبيُّ صلىٰ الله عليه وسلم.

وكذلك حديث أنس بن مالك، وقد تقدَّم ذكره.

ويدل عليه حديث كَهْمَس بن الحسن عن عبد الله بن بُرَيْدة عن عائشة ـ وذَكَرَ بعضُهم عن ابن بُرَيْدَة عن يحيىٰ بن مَعْمَر عن عائشة ـ قالت: جاءت فتاةٌ إلىٰ رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله! إن أبي ـ ونِعْمَ الأبُ ـ زوَّجني ابنَ أخيه، يرفَعُ من خَسِيْسَتِه[1] بي.

قال: فجعل الأمرَ إليها، قالت: فإني قد اخترتُ ما صَنَعَ أبي، ولكن أردتُ أن يَعلم النِّساءُ أن ليس إلىٰ الآباء من الأمر شيء»[2].

فهذا كان عقداً موقوفاً، جعل النبيُّ صلىٰ الله عليه وسلم الأمرَ فيه إليها، في الإجازة أو الفسخ، فأجازَتْه.

ويدل عليه: ما حدثنا محمد بن بَكر قال: حدثنا أبو داود قال: حدثنا محمد بن حاتم بن بَزِيْع قال: حدثنا علي بن الحسن بن شَقِيق عن ابن المبارك عن يونس عن الزهري أنَّ النَّجَاشِيَّ زوَّجَ أمَّ حَبِيْبَةَ بنتَ أبي سفيان من رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم علىٰ صَدَاق أربعة آلاف درهم، فكَتَبَ بذلك إلىٰ رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم، فقَبِلَ»[3].

---

(١) الخسيس: الدنيء، والخساسة الحالة التي يكون عليها الخسيس، النهاية ٣١/٢، والمراد من الحديث: «أنه خسيس، فأراد أن يجعله بي عزيزاً». حاشية السندي علىٰ النسائي ٨٧/٦.

(٢) سنن النسائي ٨٦/٦ من طريق عائشة، سنن ابن ماجه ٦٠٢/١ من طريق بريدة. قال في الزوائد: إسناده صحيح.

(٣) سنن أبي داود ٥٨٣/٢ وسكت عنه، قال المنذري في مختصره ٤٧/٣: هذا =

هذا عَقْدٌ عَقَدَهُ النجاشيُّ علىٰ النبي صلىٰ الله عليه وسلم بغَيْرِ أَمْرِه، ثم أجازَه النبيُّ صلىٰ الله عليه وسلم، ولو كان قد تقدَّم من النبي صلىٰ الله عليه وسلم به أَمْر قَبلَ ذلك، لَمَا احتاج إلىٰ القَبُول.

وهذا الحديث يدل أيضاً علىٰ جواز النكاح بغير ولي، لأن أمَّ حبيبة لم يكن لها وليٌّ بأرض الحبشة فيما نَعْلَم، إذْ لا نعلم أحداً من أهلها هاجر إلىٰ أرض الحبشة(١).

وفي بعض الأخبار(٢): أنَّ النجاشيَّ أَصْدَقَها ذلك عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم، وأعطاها إياه.

وهذا يدل علىٰ جواز تبرُّع الرجل بقضاء دَيْنِ غيره بغير أمره.

وأيضاً: قد ثبت عندنا جواز البيع الموقوف، وقد بيَّنَّاه في غير هذا الموضع.

وهذا يدل أيضاً علىٰ جواز النكاح الموقوف، والمعنىٰ الجامع بينهما: أنَّ ذلك عقدٌ له مجيز، فيقفُ علىٰ إجازة مُجِيزه.

مسألة : [القول قول البكر عند الاختلاف في إجازتها النكاح]

قال أبو جعفر : (في البِكْر إذا بَلَغَها النكاح، ثم اختلفا، فقالت: رَدَدْتُه

مرسل.

(١) حيث كانت هاجرت مع زوجها عبيد الله بن جحش في الهجرة الثانية، فتنصَّر وارتد عن الإسلام، ومات هناك، وثبتت هي علىٰ الإسلام، كما في طبقات ابن سعد ٩/٩٦، والإصابة ٤/٣٠٥.

(٢) كما في سنن أبي داود ٢/٥٨٣ وسكت عنه هو، والمنذري في المختصر ٣/٤٦، سنن النسائي ٦/١١٩.

حين بَلَغَني، وقال الزوج: سكَتِّ: فالقول في ذلك قولُها).

قال أحمد: وقال زُفَر: القول قولُ الزوج؛ لأن النكاح يجوز عليها بالسكوت، والأصل أنها كانت سكَتَتْ، لأن الردَّ لا يكون إلا بالقول، وهو معنىً حادث لا يُعلَم وجوده، فلذلك كان القول قول الزوج عنده.

قال أحمد: ووجه القول الأول: أنها وإن كانت يجوز عليها النكاح بسكوتها عند البلاغ، وأن الأصل السكوت حتىٰ يُعلَمَ حدوثُ الردِّ من جهتها، فإن الأصل أنَّ البُضْعَ لم يُمْلَك عليها، ولا يُصَدَّق الزوج علىٰ أنه قد مَلَكَه عليها، إلا أن تُعْلِمَ بذلك.

* واختلفوا أيضاً علىٰ هذا الوجه: في الرجل يقول: عبدي حُرٌّ إن لم أدخل الدارَ اليوم، ثم مَضَىٰ اليوم، فادَّعىٰ العبدُ الدخول، وجَحَدَ المولىٰ: أنَّ القولَ قولُ المولىٰ في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد؛ لأن الأصل بقاء الرِّقِّ حتىٰ يُعلَمَ زوالُه بالحِنْث، والحِنْثُ غير معلوم، فلا يزول رِقُّه إلا بيقين.

وقال زُفَر: القول قول العبد؛ لأنَّا لا نعلم الدخول، فلا يُحكَمُ به، وإذا لم يقع الحكم بالدخول، حَصَلَ العتق.

مسألة: [استحلاف المرأة علىٰ ما ادُّعِيَ علىٰ صَمْتِها]

قال أبو جعفر: (فإن طَلَبَ يمينَها علىٰ ما ادَّعىٰ من صَمْتِها: لم تُسْتَحْلَفْ عند أبي حنيفة، وتُسْتَحْلَفُ في قول أبي يوسف ومحمد).

قال أحمد: قد بيَّنَّا هذه المسألة، ونظائِرَها في كتاب الدَّعوىٰ.

وكذلك مسألة النُّكُول، والله أعلم.

مسألة : [استئذان الثيب في النكاح]

قال أبو جعفر : (والثيِّبُ لا يجوز النكاح عليها إلا برضاها، ولا يكون ذلك إلا بالقول).

لقول النبي صلىٰ الله عليه وسلم: «والثيِّب تُشَاوَر»[1]، والمشاورة لا تكون إلا بالكلام.

ولأنَّ النبيَّ صلىٰ الله عليه وسلم إنما جَعَلَ سكوتَ البنت رضاً؛ لأنها تَسْتَحْيِي، علىٰ ما روي في خَبَر عائشة[2] رضي الله عنها، وهذه العلَّة منتفية من الثيِّب، فهي[3] مقيسة علىٰ سائر مَن تُعْقَد عليه سائر العقود بغير أمره، فلا تكون إجازتها إلا بالقول.

مسألة : [تزويج الولي الصغيرة من كفؤ بدون صَدَاقِ مِثلِها]

قال أبو جعفر : (ومَن زَوَّج ابنَتَه وهي صغيرة من كفؤٍ بدون صَدَاقِ مِثلِها، أو زوَّجَ ابنَه[4] بأكثر مِن مهر مثلِها: جاز في قول أَبي حنيفة، ولا يجوز في قول أبي يوسف ومحمد).

وجه قول أبي حنيفة: ما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال: لا تغالوا بصَدَاقَات النِّساء، فإنها لو كانت مَكْرُمَةً في الدنيا أو تَقْوىٰ عند الله، لكان أَوْلاكم بها رسولُ الله صلىٰ الله عليه وسلم، ما أَصْدقَ أحداً

(١) تقدم.

(٢) تقدم.

(٣) أي الثيب.

(٤) وهو صغير، كما في المختصر ص١٧٣، والمهر من مال الصغير.

من نسائه أكثرَ من اثْنَتَي عَشْرَةَ أوقِيَّة ونَشٍّ»[١].

قال أحمد : وذلك خمس مائة درهم، وقد كان النبي صلىٰ الله عليه وسلم تَزَوَّج عائشة وهي صغيرة، ومعلومٌ أنه لم يكن مهرُ مِثلِها خمس مائة درهم، بل أكثر بأضعاف ذلك.

وقد تزوَّجها النبي صلىٰ الله عليه وسلم بهذا المقدار من المهر أو بأقل، وقد كان زوَّجها إياه أبو بكر رضي الله عنه، فدلَّ علىٰ جواز تزويج الأب الصغيرة بأقلَّ مِن مهر مثلها.

وأيضاً: فإن النبي صلىٰ الله عليه وسلم زوَّج فاطمةَ من علي رضي الله عنهما علىٰ أربعمائة درهم[٢]، ومعلوم أنه لم يكن ذلك مهرُ مثلِها، بل أكثر منه بأضعاف أضعافه، ولا جائز لأحدٍ أن يقول إنها قد بُخِسَت حَظَّها حين زُوِّجَتْ بهذا القَدْر من المهر؛ لأن الذي حَصَلَ لها من الحظِّ بعليٍّ رضي الله عنه، كان أكثر من الدنيا وما فيها.

وهذا يدل علىٰ أنه ليس القصد من النكاح تحصيل الأعواض، وإنما المقصد منه أن يَضَعَها في منصب حسن، وفيمَن يُحْسِنُ عِشرَتَها ولا يَشِيْنُها، ونحوها من المعاني المقصودة بعقد النكاح.

وإذا كان كذلك، فجائز أن يستوفيَ لها من الحظِّ من جهة الزوج، ما

---

(١) سنن الترمذي ٤٢٢/٣ وقال: حديث حسن صحيح، سنن النسائي ١١٧/٦، سنن أبي داود ٥٨٢/٢، سنن ابن ماجه ٦٠٧/١، وفي صحيح مسلم ٤٢/٢: قالت: كان صداقه لأزواجه ثنتي عشرة أوقية ونشًّا، ثم فسرت النشَّ بأنه نصف أوقية، والأوقية أربعون درهماً، فيكون صداقهن خمسمائة درهم.

(٢) سنن البيهقي ٢٣٤/٧.

هو أجدىٰ عليها، وأنفع لها من كثير من المال.

وليس النكاح في هذا كالبيع، فلو باع أمةً لها بأقل من قيمتها بما لا يُتَغَابن فيه: لا يجوز، مِن قِبَل أنَّ المقصد في عقود البياعات تحصيل الأعواض.

وكذلك لا يجوز له تزويج أَمَتِها بأقل من مهر مثلها، لهذه العلة، إذ لا نَفْعَ لها فيما يحصل للأمة مِن حظ الزوج، وإنما منفعتها في تحصيل عِوَض بُضْعها.

* وأما أبو يوسف ومحمد، فلم يُجيزا العقد عليها إلا أن يكون بمهر المثل، ، أو أقل أو أكثر مما لا يُتَغَابَن الناس فيه.

وذكر هشامٌ عنهما: أن النكاح باطل، لا يجوز إذا زوَّجها بأقل من مهر المثل بمثل ما لا يتغابن فيه.

مسألة : [تزويجِ الأولياء الصغارَ]

قال أبو جعفر : (ولسائر الأولياء تزويجُ الصغارِ، ويتوارثان بذلك).

قال أحمد : أما الأب والجدُّ، فلا خلاف بين فقهاء الأمصار[١] في أنَّ لهما أن يزوِّجا الصغار، إلا شيءٌ يُحكَىٰ عن عثمان البَتِّيِّ[٢]، وابنِ

---

(١) المغني ٧/٣٧٩، لكن في بداية المجتهد ٢/٦، وتبيين الحقائق ٢/١٢١ الاتفاق علىٰ تزويج الصغيرة من الأب، أما الجد ففيه خلاف مالك رحمه الله، وينظر الشرح الكبير للدردير ٢/٢٢٤.

(٢) عثمان بن مسلم البتي، أبو عمرو البصري، ويقال اسم أبيه: سليمان، فقيه البصرة، مات رحمه الله سنة ١٤٣ هـ، كما في تقريب التهذيب ص٣٨٦ (٤١٥٨)، وفي طبقات ابن سعد ٧/٢٥٧: «كان ثقة، وكان صاحب رأي وفقه». اهـ

شُبْرُمة[١]، أنهما قالا: لا يزوِّجُ الأبُ الصغيرةَ، وهو قول شاذٌّ في الأُمَّة قد سبقهما بخلافه الصدرُ الأول.

ودليل الكتاب يَقْضي ببطلانه، وهو قوله تعالىٰ: ﴿وَٱلَّٰٓـِٔي يَئِسۡنَ مِنَ ٱلۡمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمۡ إِنِ ٱرۡتَبۡتُمۡ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَٰثَةُ أَشۡهُرٖ وَٱلَّٰٓـِٔي لَمۡ يَحِضۡنَ﴾[٢].

فقضىٰ بصحة طلاق الصغيرة، وأوجب عليها العِدَّة إذا كانت مدخولاً بها، والطلاقُ لا يقع إلا في عقد صحيح.

ومن جهة السنة: أنَّ النبي صلىٰ الله عليه وسلم تزوَّج عائشة رضي الله عنها، وهي صغيرة[٣]، زوَّجها إياه أبو بكر.

فصل: [تزويجِ غيرِ الأب والجَدِّ الصغارَ]

قال أحمد: وأما تزويج غيرِ الأب والجَدِّ من الأولياء، فهو علىٰ قسمَيْن:

فما كان من تزويجِ العصبات، فلا خلاف بين أصحابنا في جواز الأقرب فالأقرب، وإنما الخلاف في الخيار بعد البلوغ:

(قال أبو حنيفة ومحمد: لهما الخيار إذا بلغا إذا زوَّجَهُما غيرُ الأب والجَدِّ من الأولياء، نحو الأخ والعَمِّ، وقال أبو يوسف: لا خيار لهما).

---

(١) عبد الله بن شبرمة بن الطفيل، الإمام العلامة، فقيه العراق قاضي الكوفة، مات رحمه الله سنة ١٤٤هـ، له ترجمة في سير الذهبي ٣٤٧/٦.

(٢) الطلاق: ٤.

(٣) ففي صحيح مسلم ١٠٣٨/٢ «عن عائشة رضي الله عنها قالت: تزوجني رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم لست سنين، وبنىٰ بي وأنا بنت تسع سنين».

وأما تزويج غير العصبات: فإن أبا حنيفة يجيزه إذا لم يكن عَصَبَة، نحو الأم والأخت والخال، والرجل من عُرْض العشيرة.

فأما الدليل علىٰ جواز تزويج العصبات، وإن لم يكن أباً أو جَداً: ما روي عن ابن عباس وعائشة رضي الله عنهما في قول الله تعالىٰ: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ﴾[1] الآية.

فالآية نزلت في اليتيمة تكون في حِجْر وليِّها، ويريدُ أن يتزوَّجها، ولا يُقْسِطَ لها في صَدَاقِها، فنُهُوا أن يَنْكِحُوهُنَّ إلا بالقسط.

قالت عائشة: ثم إن الناس اسْتَفْتَوا رسولَ الله بعد هذه الآية فيهن، فأنزل الله تعالىٰ: ﴿وَيَسْتَفْتُونَكَ فِي النِّسَاءِ ۖ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِيهِنَّ وَمَا يُتْلَىٰ عَلَيْكُمْ فِي الْكِتَابِ فِي يَتَامَى النِّسَاءِ اللَّاتِي لَا تُؤْتُونَهُنَّ مَا كُتِبَ لَهُنَّ وَتَرْغَبُونَ أَن تَنكِحُوهُنَّ﴾[2].

قالت: هي رغبةُ أحدِكُم عن يَتِيمَتِه التي تكون في حِجْره، حين تكون قليلةَ المال، فنُهُوا أن ينكحوا مَن رَغِبُوا في مالها وجمالها من يتامىٰ النساء إلا بالقسط»[3].

فقد دلَّت هذه الآية علىٰ تزويج العصبات للصغار؛ لأن أقرب الأولياء إليها ممَّن يجوز له نكاحُها ابنُ العم.

---

(١) النساء: ٣.

(٢) النساء: ١٢٧.

(٣) صحيح البخاري ٨/٢٣٩، صحيح مسلم ٤/٢٣١٣.

فإن قيل: يحتمل أن يريد الكبيرة، وهو قوله تعالىٰ: ﴿وَءَاتُوا۟ ٱلْيَتَٰمَىٰٓ أَمْوَٰلَهُمْ﴾[(١)]، وقولُ النبي صلىٰ الله عليه وسلم: «اليَتِيْمة تُستَأْمَرُ في نفسها»[(٢)]، والمراد: الكبيرة.

قيل له: روىٰ علي بن أبي طالب رضي الله عنه وغيره عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم قال: «لا يُتْمَ بعد الحُلُم»[(٣)].

فإن سُمِّيَت الكبيرةُ يتيمةً، فإنما تُسَمَّىٰ به مجازاً لا حقيقة؛ لأن الاسم لو كان حقيقة فيها، لما انتفىٰ عنها بحال، إذ مِن شأن الحقائق أن لا تنتفيَ عن مُسَمَّيَاتِها بحال، وإذا كان كذلك، فحُكْمُ اللفظ أن يكون محمولاً علىٰ الحقيقة، حتىٰ تقوم الدلالة علىٰ المجاز.

وكذلك قوله تعالىٰ: ﴿وَءَاتُوا۟ ٱلْيَتَٰمَىٰٓ أَمْوَٰلَهُمْ﴾[(٤)]: إنما سمَّاهم يتامىٰ علىٰ ما كان عليه حالهم قَبْل ذلك.

كما «أمَرَ النبيُّ صلىٰ الله عليه وسلم بلالاً أن يَرجِعَ حين أَذَّنَ قَبل

---

(١) النساء: ٢.

(٢) تقدم.

(٣) سنن أبي داود ٣/٢٩٣-٢٩٤، وسكت عنه، قال ابن حجر في التلخيص الحبير ٣/١٠١: «أعله العقيلي وعبد الحق وابن القطان والمنذري وغيرهم، وحسنه النووي متمسِّكاً بسكوت أبي داود عليه... وفي الباب حديث حنظلة، وإسناده لابأس به، وهو في الطبراني وغيره». اهـ وقال الهيثمي في مجمع الزوائد ٤/٢٢٦: رواه الطبراني ورجاله ثقات.

(٤) النساء: ٢.

الوقت، فيُنادِي: ألاَ إنَّ العبدَ نام»[١]، وكان حُرّاً حينئذ.

وقال عليٌّ رضي الله عنه لشُرَيْح[٢]: «ما تقول أيُّها العبد الأَبْظَر»[٣]، وقد كان حُرّاً في ذلك الوقت، إلا أنه قد كان جَرَىٰ عليه رِقٌّ في الجاهلية، فسمَّاه به.

وذلك كله مجاز لا حقيقة.

وأيضاً: قد أخبرَتْ عائشةُ رضي الله عنها أنها نَزَلَتْ في اليتيمة تكون في حِجْر وليِّها، فيرغبُ في مالها، ولا يُقْسِطُ لها في صَدَاقِها[٤]، ومعلوم أنَّ الكبيرة لا تكون في حِجْر وليها، ويكون الأمر في الصَّدَاق إليها، لا إلىٰ الوليِّ.

---

(١) سنن أبي داود ١/٣٦٣ وقال: لم يروه عن أيوب إلا حماد بن سلمة... وقال: روي عن عمر رضي الله عنه، وهو أصح.

سنن الدارقطني ١/٢٤٤ ورجح إرساله، وهو مرسل جيد، كما في نصب الراية ١/٢٨٤، والدراية لابن حجر ١/١١٩، وفي الحديث كلام طويل، وله طرق وروايات كثيرة، توسع في ذكرها الزيلعي في نصب الراية ١/٢٨٤-٢٨٨.

(٢) «حين أُتي في فريضة، وعنده شريح، فقال له علي رضي الله عنه...»، كما في غريب الحديث لأبي عبيد ٣/٤٨٣.

وشريح هو ابن الحارث بن قيس، الكوفي النخعي، القاضي، مخضرم، ثقة، وقيل: له صحبة، مات رحمه الله قبل الثمانين للهجرة أو بعدها، وله مائة وثمان سنين أو أكثر، يقال: حكم سبعين سنة، كما في التقريب ص٢٦٥ (٢٧٧٤).

(٣) الأبظر هو الذي في شفته العليا طول، ونتوء في وسطها، يحاذي الأنف، كما قال أبو عبيد في الغريب ٣/٤٨٣.

(٤) تقدم.

فهذا كله يُبْطِلُ تأويلَ مَن تأوَّل الآيةَ علىٰ الكبيرة.

فإن قيل: يحتمل أن تكون الآية في اليتيمة تكون في حِجْر الجَدِّ، فخوطب فيها بما خوطب به.

قيل له: قد أخبرت عائشة رضي الله عنها عن سبب نزول الآية، وقالت: هي اليتيمة تكون في حِجْر وليِّها، فيريد أن يتزوَّجها، وذلك يمتنع في الجَدِّ.

وأيضاً: فإن الذي هو في حِجْره، هو المخاطَب في الآية بالنكاح علىٰ شرائط القِسط في الصَّدَاق، وذلك لا يكون الجَدَّ.

* ودليلٌ آخر: وهو قوله تعالىٰ: ﴿وَأَنكِحُواْ ٱلْأَيَـٰمَىٰ مِنكُمْ﴾[1]، والأَيِّم اسمُ المرأة التي لا زوجَ لها، وذلك يتناول الصغار والكبار منهن، فاقتضىٰ ظاهرُ الآية جوازَ تزويجهن للأب وغيره؛ لأن قوله: ﴿وَأَنكِحُواْ﴾: خطابٌ للجميع.

وأيضاً: فإن العلَّة التي مِن أجلها جاز تزويج الأب موجودةٌ في غيره من العصبات، وهي كونه مِن أهل ميراثه.

والدليل علىٰ صحة هذه العلة: أنَّ الأب إذا كان عبداً أو كافراً، وهي مسلمة: لم يزوِّجْها إذا لم يكن مِن أهل الميراث، فدلَّ ذلك علىٰ أنَّ الولاية في النكاح مستَحَقَّة بالميراث، فاستحقَّها كلُّ مَن كان مِن أهل الميراث.

---

(١) النور: ٣٢.

فإن قيل: فأنتم تجيزون للقاضي تزويجَ الصغار، وليس هو من أهل الميراث.

قيل له: إنما قلنا إنَّ مَنْ كان من أهل الميراث جاز تزويجه، ومَنْ لم يكن مِن أهل الميراث، فحُكْمه موقوف علىٰ الدلالة.

وأيضاً: فإن القاضي قائم مقامَ جماعة المسلمين، وجماعةُ المسلمين من أهل ميراثه، إذا لم يكن وارث عنهم.

وقد روي عن عليٍّ، وعمرَ، وابنِ مسعود رضي الله عنهم[1] أنَّ للولي أن يزوِّج الصغيرة مِن نفسه، ولا نعلمُ عن غيرهم من الصحابة خلافه.

* فأما وجه قول أبي حنيفة ومحمد في وجوب الخيار لهما عند البلوغ إذا زَوَّجهما غيرُ الأب والجَدِّ، فهو أنَّ عقد النكاح فيه مال، وغيرُهما لا يَمْلك التصرُّفَ عليه فيه من المال.

فإن قيل: المال يثبت فيه علىٰ جهة البَيْع من طريق الحُكْم؛ لأنه يصح من غير تسمية، ولا يجوز إيجاب الخيار مِن أجله.

قيل له: هذا غَلَط؛ لأن المال بَدَلُ البُضْع، ولا جائز أن يُقال في أحد البدلين إنه تَبَع للآخر.

فإن قيل: فلو زوَّجَها العَمُّ، وهو وصيُّ أبيها: كان لها الخيار عندك، وإن كانت تملك التصرف في البُضع والمال.

---

(١) مصنف عبد الرزاق ٦/١٦٣-١٦٤، مصنف ابن أبي شيبة ٤/١٤٠، أحكام القرآن للمؤلف ٢/٥١.

قيل له: لأنه يملك التصرف في المال من غير الجهة التي يملك بها التصرف في البُضْع، فكان لها الخيار، إذ هو لا يملك التصرف في المال من جهة عقد النكاح.

* ولأبي يوسف: أنه لما ثَبَتَتْ له الولاية في النكاح، كان بمنزلة الأب، ولم تعتبر فيه جهة المال؛ لأنه يثبت بغير تسمية.

* وإنما قال أبو حنيفة: إنَّ لغير العصبات تزويج الصغار: لقول الله تعالىٰ: ﴿وَأَنكِحُوا۟ ٱلْأَيَـٰمَىٰ مِنكُمْ﴾[1]، وذلك عموم في العصبات وغيرها، وأيضاً: قوله: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا۟ فِى ٱلْيَتَـٰمَىٰ﴾[2].

وما روي عن عائشة رضي الله عنها فيه من سبب نزوله[3]، لم تفرِّق فيه بين العصبات وغيرهم، وهو عام في جميع مَن هي في حِجْره من القرابات.

وأيضاً: فإن هؤلاء من أهل الميراث، وإن لم يكونوا عَصَبات، وقد بيَّنَّا أنَّ الولاية في النكاح مستَحَقَّة بالميراث، فوجب أن تثبت لكل مَن كان من أهل الميراث.

* وأبو يوسف ومحمد: اعتبرا العصبات؛ لأنهم الذين يثبت لهم حق الولاية في تزويج الكبار، ويثبت لهم حق الفسخ إذا زَوَّجت نفسَها غيرَ كفؤ.

---

(١) النور: ٣٢.

(٢) النساء: ٣.

(٣) تقدم.

وكذلك هم الذين يزوِّجون الصغار، ولا يثبت هذا الحق لغيرهم.

فإن قال قائل: يدل علىٰ أنَّ غير الأب والجَدِّ لا يزوِّجان الصغيرين: ما روي «أنَّ قُدَامةَ بنَ مَظْعُون زوَّجَ بنتَ أخيه، فقال النبي صلىٰ الله عليه وسلم: هي يتيمة، ولا تُنْكَحُ إلا بإذنها»[1].

قيل له: كانت كبيرة، ولم تَرضَ بتزويجه إياها، وذلك لما حدثنا دَعْلَج بن أحمد قال: ثنا محمد بن إبراهيم البُوْشَنْجِي قال: ثنا أبو جعفر النُّفَيْلي قال: ثنا محمد بن سَلَمة قال: ثنا محمد بن إسحاق عن عمر بن حسين بن عبد الله مولىٰ آل حاطِب عن نافع عن ابن عمر قال:

«تُوُفِّيَ عثمان، فأوصَىٰ إلىٰ أخيه قُدَامة، قال: فزوَّجَني قُدَامَةُ بنتَ عثمان، فدخلَ المغيرة بن شعبة علىٰ أمِّها، فأرغبها في المال، فحَطَّت إليه، ورأىٰ الجاريةَ مع أمها، فبلغ ذلك رسولَ الله صلىٰ الله عليه وسلم، فقال لقُدَامة: أَلْحِقْهَا بهَوَاها، فإنها أحقُّ بنفسها، فانْتَزَعَها، وزوَّجَها المُغِيرة بن شُعْبَة»[2].

فأخبر أنها كانت كبيرة؛ لأنه قال: أَلْحِقْها بهَوَاها، فأجاز نكاحَها من المغيرة.

واللفظ الذي ذُكِرَ فيه أنها يتيمة، ولا تُنْكَحُ إلا بإذنها، يدل علىٰ ذلك أيضاً، لأنه جعل لها إذناً في تلك الحال.

(١) سنن الدارقطني ٣/ ٢٣٠، المستدرك للحاكم ٢/ ١٦٧ ووافقه الذهبي علىٰ تصحيحه، سنن البيهقي ٧/ ١٢٠.

(٢) سنن الدارقطني ٣/ ٢٣٠، المستدرك للحاكم ٢/ ١٦٧ ووافقه الذهبي علىٰ تصحيحه، سنن البيهقي ٧/ ١٢٠.

وقوله: يتيمة: سمَّاها به مجازاً، لا حقيقة، كما قال تعالىٰ: ﴿وَءَاتُوا۟ ٱلْيَتَـٰمَىٰٓ أَمْوَٰلَهُمْ﴾[1]، وقولُ النبي صلىٰ الله عليه وسلم: «تُستَأْمَرُ اليتيمة في نفسها»[2].

مسألة:

قال: (ولا ولاية للوصي بحق الوصية في النكاح).

وذلك لما وصفنا مِن أنَّ الولاية في النكاح مستَحَقَّة بكونه مِن أهل الميراث، بدلالة أنه إذا كان مِن أهل الميراث استَحَقَّ الولاية، وإذا لم يكن مِن أهل الميراث بل كان عبداً أو كافراً: لم يستحقها.

فإن قيل: فالقاضي يزوِّج، وليس من أهل الميراث.

قيل له: لأنه قائمٌ مقامَ المسلمين، وجماعةُ المسلمين مِن أهل الميراث، إذا لم يكن أقرب منهم.

فإن قيل: والوصيُّ قائم مقام الأب، والأبُ كان مِن أهل الميراث.

قيل له: في حال ثبوت الوصية وصحتها ليس الأب مِن أهل الميراث، لأنه ميِّت، والوصية إنما تصح بعد الموت.

وأيضاً: فإن الولاية في النكاح مستَحَقَّة بالنَّسَب، وما جرىٰ مجراه من الوَلاء، وهذا المعنىٰ لا يصح فيه النَّقْل، فلم يستَحِقَّها الوصي؛ لأنه لو استَحَقَّها، لاستَحَقَّها من جهة انتقالها إليه من الأب.

---

(١) من سورة النساء، آية رقم/٢.

(٢) تقدم.

فإن قيل: فالوكيل يزوِّج، وكذلك القاضي، وهم يتصرَّفون في ذلك لا بنَسَب، ولا ما قام مقامه من الولاية.

قيل له: الوكيلُ لا يوجب نقلَ الولاية إليه؛ لأن ولاية الموكِّل قائمة، والوكيل والسفير عن الموكِّل لا يتصرف من جهة نقل الولاية إليه.

وكيف تكون مُنْتَقِلَة إليه، وهي باقية في مِلك الموكِّل، وكذلك القاضي يُعَبِّرُ عمَّن يستحق الولاية عليه، وهم كافَّة المسلمين، بمنزلة الوكيل.

وليست الولاية في النكاح، كهي في الشراء والبيع، غير مقصور علىٰ النسب، وما قام مقامه.

ألا ترىٰ أنه قد استَحَقَّ الولاية في النكاح، مَنْ لا يستحق التصرُّف في الشراء والبيع، نحو الأخ والعَمِّ، ويدل علىٰ الفَرْق بينهما: أنَّ المتصرِّف في الشراء والبيع متصرِّف علىٰ نفسه، وبه تتعلَّق حقوقهما، ثم يلزم الآمِر ضمانه بالأمر، والمتصرِّف في النكاح، متصرِّف علىٰ الزوجين، ويكون فيه بمنزلة السفير، وهذا المعنىٰ لا يُسْتَحَقُّ إلا من الوجه الذي ذكرنا.

مسألة: [ولاية القاضي في النكاح]

قال أبو جعفر: (وإن زَوَّج القاضي صغيراً أو صغيرةً، فإن محمد بن الحسن قال: هو كتزويج غير الأب، ولهما الخيار بعد البلوغ[١]).

وروىٰ هشام بن عبد الله عن خالد بن صَبِيْح عن أبي حنيفة: أنَّ عقد

(١) قال المرغيناني في الهداية ١/١٩٨-١٩٩ عند قوله: «وإن زوجهما غير الأب والجد، فلكل واحد منهما الخيار إذا بلغ». قال: «وإطلاق الجواب في غير الأب والجد، يتناول الأم والقاضي، وهو الصحيح من الرواية» اهـ.

القاضي، كعقد الأب، ولا خيار فيه بعد البلوغ).

وجه قول محمد: أنَّ القاضي لما قام في ذلك مقام كافة المسلمين، وجماعةُ المسلمين أكثرُ أحوالِهم أن يكونوا في الولاية في ذلك بمنزلة العمِّ والأخ، فيجب فيه الخيار بعد البلوغ.

ووجه قول أبي حنيفة: أنَّ القاضي له ولاية في التصرُّف في المال من حيث استحق الولاية في النكاح، فوجَبَ أن يكون بمنزلة الأب.

مسألة: [نكاح الفُضُولي]

قال: (ومَن زوَّج رجلاً بغير إذنه، ثم بَلَغَه، فأجازه: لم يَجُزْ إلا أن يكون هناك مخاطِبٌ خاطَبَ عنه في القبول[1]، في قول أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: النكاح واقع، وتجوز إجازته إذا بلغه).

وجه قولهما: أنَّ قوله: قد زوَّجتُ فلانةً فلاناً، نصف عقد، ونصف العقد لا يقف على غائب عن المجلس.

ألا ترىٰ أنه لو خاطب أحدَ الزوجين بالنكاح، فلم يَقْبَله، حتىٰ قام من المجلس: بَطَلَ ما كان زَوَّجه له، ولم يكن له أن يقبله بعد ذلك.

وليس هذا كوليِّهما أو وكيلهما جميعاً إذا عَقَدَ النكاح عليهما، فيجوز في قولهم جميعاً، مِن قِبَل أنَّ ذلك جميع العقد منه؛ لأنه يملك الإيجاب والقَبُول، ولا يقتضي إيجابه قبولاً من غيره، فكان ذلك منه جميع العقد، فنَفَذَ، ولم يقف.

وأما إذا كان متبرِّعاً بالعقد، فهو غير مالكٍ للعقد، ولا يصح منه إلا

---

(١) كالولي أو الوكيل.

الإيجاب أو القبول ممَّن أوجبه.

* وجَعَلَه أبو يوسف بمنزلة وليِّهما أو وكيلهما.

مسألة : [تزويج السيد العبيدَ والإماء]

قال أبو جعفر : (وجائزٌ للرجل أن يزوِّج أمتَه وإن كانت كارهةً، وأما عبدُه في ذلك فهو كأمَتِه في قول أبي يوسف ومحمد.

وقد اختُلِف عن أبي يوسف عن أبي حنيفة، فروىٰ عنه هذا القول، وروىٰ عنه: أنه لا يزوِّجه إلا برضاه، أو أنْ يَبْلُغَه وقد زوَّجه بغير رضاه، فيُجيز ذلك).

قال أحمد : الرواية الأولىٰ صحيحة، وما ذَكَرَه من الرواية الثانية في العبد غير صحيح.

وكان شيخنا أبو الحسن الكرخي رحمه الله يُنْكِرُها؛ لأن المشهور عن أصحابنا جميعاً أنَّ العبد والأمة جميعاً سواء[1]، فيجوز للمولىٰ تزويجهما وإن كَرِهَا.

وإنما كان العقد عليهما جائزاً وإن كَرِهَا: لقول الله تعالىٰ: ﴿وَأَنكِحُواْ ٱلْأَيَـٰمَىٰ مِنكُمْ وَٱلصَّـٰلِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَآئِكُمْ ﴾[2].

وظاهرهُ يقتضي جواز العقد علىٰ الجميع، إذ ليس في الآية شرطُ رضاهم، وخَصَصْنا الأيَامَىٰ البالغات من الحرائر في امتناع نفاذ العقد

---

(١) ينظر: الاختيار لتعليل المختار للموصلي ٣/١٠٩.

(٢) النور: ٣٢.

عليهم بالاتفاق[1]، وبقي حكمُ اللفظ في الأيامىٰ الصغار والعبيد والإماء.

وأيضاً: فلا خلاف[2] أنَّ العبد والأمة لا يَمْلِكَان عقدَ النكاح لأنفسهما، وكلُّ حقٍّ لا يملكه العبد من نفسه، فالمولىٰ يملكه منه.

ألا ترىٰ أنَّ العبد لمَّا لم يملك التصرُّف من نفسه في البيع والإجارة ونحوهما، مَلَكَ المولىٰ ذلك منه، وكذلك لما لم[3] يملك الإقرار بالدَّيْن علىٰ نفسه، مَلَكَ المولىٰ ذلك منه، وجاز إقراره عليه، رَضِيَ أو سَخِطَ، فكذلك عقد النكاح، لمَّا لم يملِكْه العبد من نفسه، مَلَكَه المولىٰ منه.

ألا ترىٰ أنَّ العبد لما مَلَكَ الإقرار بالزنىٰ والقتل والسرقة، لم يملك المولىٰ ذلك منه، ولم يجز إقراره عليه.

مسألة: [تزويج الوليين للمرأة]

قال: (وإذا زوَّجَ المرأةَ وليَّاها بغير أمرِها، فلها أن تجيزَ أيَّهُما شاءت).

لأنهما جميعاً موقوفان عليها، إذْ ليس يملك أحدُ الوليِّيْن فسخَ عقد الآخر، فوَقَعَا جميعاً.

* **قال**: (وإن كان زوَّجاها بأمرِها، وقد تقدَّم أحدُهما: فالعقد الأول جائز، والثاني فاسد، دَخَلَ بها الآخَرُ، أو لم يَدْخُل).

وذلك لما روىٰ الحسن عن سَمُرَةَ عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم قال:

(١) بداية المجتهد ٦/٢، الإفصاح لابن هبيرة ٣٢٦/٢.

(٢) المغني ٤٠٩/٧.

(٣) (لم) ساقطة من الأصل.

«إذا نَكحَ الوليّان، فالأول أحق»[١].

ولأن العقد الأول صحيح بالاتفاق، والثاني فاسد، والدليل عليه: أنه لو ارتفعا إلىٰ القاضي حكَمَ بصحة الأول، وفساد الثاني، فإذا دَخَلَ بها الثاني، فإنما كان دخوله علىٰ عقدٍ فاسد، والدخول لا يصحِّح العقد الفاسد، ولا يُبْطِلُ العقدَ الصحيح الذي للزوج الأول.

وأيضاً: قد اتفق الجميع[٢] علىٰ أنه لو تزوَّج أختَيْن، إحداهما قبل الأخرىٰ، أن نكاح الثانية فاسد، ولا يصحِّحه دخولُه بها، دون الأولىٰ؛ لأنه بها وَقَعَ الجَمْع، كذلك الزوجان إذا عُقِدَ لهما علىٰ امرأةٍ واحدة.

مسألة : [خيار الزوجة وأهلِها في تدليس الزوج في نَسَبه]

قال أبو جعفر : (ومَن انْتَسَبَ إلىٰ قوم، فزوَّجوه، ثم عُلِمَ أنه ليس كما انتسب: فلهم إبطالُ نكاحِه).

قال أحمد : وهذا إذا كان النَّسب الذي كَتَمَهم دونَ الذي أظهره، وإن كان مثلَه إذا وقع منه: فلا خيار لها، ولم يُفَصِّلْه أبو جعفر هذا التفصيل، وهو كذلك عندهم[٣]، وذلك لأنها لم ترضَ به زوجاً إلا بنَسَبٍ شريف،

---

(١) سنن أبي داود ٢/٥٧١، وسكت عنه، سنن الترمذي ٣/٤١٨ وقال: حديث حسن، سنن النسائي فيستحقها مستحق ٧/٣١٤، المستدرك للحاكم ٢/١٧٥ ووافقه الذهبي علىٰ تصحيحه، قال ابن حجر في التلخيص الحبير ٣/١٦٥: «صححه أبو زرعة وأبو حاتم... وصحته متوقفة علىٰ ثبوت سماع الحسن بن سمرة، فإن رجاله ثقات» اهـ.

(٢) المغني ٧/٤٧٥.

(٣) أي عند أصحاب المذهب، ومثل هذا التفصيل أيضاً في شرح الإسبيجابي
=

يَشْرُف به ولدُها، فإذا لم يوجد ذلك: كان لها الخيار في فسخ النكاح.

ألا ترىٰ أنه لو شَرَطَ لها أنه كفؤ، ثم تبيَّن لها أنه ليس كذلك: كان لها الخيار، كذلك ما وصفنا.

وليس ذلك مثل أَنْ تَنْتَسب إلىٰ قوم، وتزوَّجها علىٰ ذلك، ثم عَلِمَ أنها دونَهم في النسب: فلا يكون للزوج خيارٌ في فسخ العقد؛ لأنها لو شَرَطَتْ له الكفاءة، ثم لم يكن كذلك: لم يكن له خيار؛ لأن عَدَمَ الكفاءة من جهتها لا يَثْبُتُ به خيارٌ في فسخ العقد، وعدمُ الكفاءة من جهته يثبُتُ به الخيار للأولياء في الفسخ.

مسألة : [تزوَّجَ امرأةً علىٰ أنها حُرَّة، ثم تبيَّن أنها مملوكة]

قال أبو جعفر : (ومَن تزوَّج امرأةً علىٰ أنها حُرَّةً، فولَدَت منه، ثم قامت البيِّنة علىٰ أنها مملوكة، فقُضِيَ عليها بذلك، كان لمولاها أن يجيزَ نكاحَها أو يُبْطِلَه، وولدُها حُرٌّ، علىٰ أبيه قيمتُه يوم يَخْتَصِمُونَ بالمُسْتَحَقِّ، ويَرجِع الأبُ بتلك القيمة علىٰ مَن كان غَرَّه وزوَّجه علىٰ أنها حرَّة إن كان غرَّها، فإن كانت هي غَرَّتْه: رَجَعَ عليها بذلك إذا أُعْتِقَت، وعلىٰ المغرور عُقْرُها[1] لمستَحِقِّها، ولا يرجعُ به علىٰ أحد).

قال أحمد : لا خلاف بين الصدر الأول وسائر فقهاء الأمصار[2] أنَّ ولد المغرور حُرُّ الأصل.

٢/ لوحة/ ٦٦ب.

(١) العُقْر: صداق المرأة إذا أُتيت بشبهة، المغرب ٢/٧٤.

(٢) المغني ٧/٤١٣.

ولا خلاف أيضاً بين السلف[١] أنه مضمون علىٰ الأب، إلا أنَّ السلف اختلفوا في كيفية ضمانه:

فقال عمر بن الخطاب رضي الله عنه: يُفَكُّ الغلام بغلام، والجاريةُ بجارية[٢]، يعني إن كان الولد غلاماً: فعلىٰ الأب غلامٌ مثله، وإن كان جاريةً: فعليه جاريةٌ مثلُها.

وقال علي رضي الله عنه: عليه قيمته[٣].

وإليه ذَهَبَ أصحابُنا؛ لأنهم جعلوه جميعاً بمنزلة الولد، وهو عبدٌ، فيَغْرَمُ قيمتَه.

وله أصل في السنة، وهو «حُكْمُ النبي صلىٰ الله عليه وسلم في عبدٍ بين رجلَيْن أَعْتَقَه أحدُهما وهو موسِرٌ: أنه يضمن نصفَ قيمتهِ»[٤]، ولم يحكم عليه بنصف عبدٍ مثله.

ويرجع المغرور علىٰ الغارِّ بقيمة الولد.

وهو أيضاً اتفاقٌ من الصحابة[٥]، وإنما هذا بمنزلة ضَمَان الدَّرَك[٦] في الولد، ولهذا لم يرجع عليها إلا بعد العتق؛ لأن ضمانها لا يجوز في حال الرِّق في حق المولىٰ.

---

(١) المغني ٧/٤١٣.

(٢) المحلىٰ ٩/١٢٦، سنن البيهقي ٦/١٠١.

(٣) سنن البيهقي ٦/١٠١.

(٤) صحيح مسلم ٢/١١٤٠.

(٥) المغني ٧/٤١٦.

(٦) تقدم تعريفه.

وإنما المعتبر قيمة الولد يوم الخصومة؛ لأنها بمنزلة المغصوب، لا يصير مضموناً علىٰ الغاصب إلا بالمنع بعد المطالبة بردِّه، وحُكْمُ المنع إنما حَصَلَ في الولد حين خوصم فيه، وهو قائم.

وكذلك قالوا: إنه لو مات الولد، ثم اختصَمَا: لم يَغْرَم الأب شيئاً، بمنزلة ولد المغصوب إذا مات قبل مجيء المغصوب منه.

ويَغْرَمُ الواطيء العُقْرَ؛ لأنه وطيء مِلْكَ الغير بشُبْهة، ولا يرجع بالعُقْر علىٰ الغارِّ؛ لأن الوطء في هذا بمنزلة شيء أَتْلَفَه منها، وتناولَه لنفسه، فلا يرجع به علىٰ غيره، كما لو قَطَعَ يدَها، لم يرجع به علىٰ غيره.

مسألة : [مَن أعتق الأمة علىٰ أن تُزوِّجَه نفسَها]

قال : (وإذا أَعْتَقَ أمتَه علىٰ أن تزوِّجَه نفسَها، ثم زوَّجَتْه نفسَها، فلها مهر مثلها).

وذلك لأن العتق ليس بمال، فلا يُسْتَحَقُّ به تسليم مال، فلا يكون مالاً، ولا يكون مهراً، لقول الله تعالىٰ: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ أَن تَبْتَغُوا۟ بِأَمْوَٰلِكُم﴾[1].

فإن قيل: العتق مال؛ لأنه يحصل لها به رَقَبَتُها.

قيل له: لا يحصل لها به مال، ولا تَستَحِقُّ به تسليمَ مال؛ لأنه لو كان كذلك، لوجب أن ينتَقِلَ إليها الرِّقُّ الذي كان يملِكُه المولىٰ فيها قبل العتق، فتملك من نفسها ما كان المولىٰ يملكها منها قبل العتق، فلمَّا كان الذي يحصُل لها بالعتق، سقوط الرِّقِّ من غير أن تملك رقَّ نفسها، دلَّ

(١) النساء: ٢٤.

علىٰ أنَّ الذي حَصَلَ لها ليس بمالٍ.

وكيف يكون مالاً وهي إنما جَعَلَ لها الحرية، ولا جائز أن تكون الحرية مالاً؛ لأنه لو كان كذلك، كانت رقاب الأحرار كلهم أموالاً.

ويدل علىٰ صحة الأصل الذي ذكرنا: «أنَّ النبي صلىٰ الله عليه وسلم أبطل الشِّغَار»[(١)]، وهو أن يُجْعَلَ المهرُ بُضْعَ امرأةٍ أخرىٰ؛ لأن البُضْعَ ليس بمال، ولا يُسْتَحَقُّ به تسليمُ مال، فلم يجز أن يكون مهراً، كذلك ما وصفنا، كان في معناه.

فإن قيل: روي «أنَّ النبي صلىٰ الله عليه وسلم أَعْتَقَ صَفِيَّة، وجَعَلَ عِتقَها صَدَاقَها»[(٢)].

قيل له: لأن النبي صلىٰ الله عليه وسلم قد كان له أن يتزوَّج بغير مهر، وكان له أن يجعل ما ليس بمال صداقاً في العقد[(٣)]، ونحن لا يجوز لنا أن نملِكَ البُضْعَ بغير بدل يُسْتَحَقُّ به تسليمُ مالٍ، فلذلك اختلفا.

* **قال**: (وروي عن أبي يوسف أنه لا صَدَاق لها إذا أَعْتَقَها علىٰ أن تزوِّجَه نفسها، فزوَّجَتْه نفسَها).

وذلك لأنه جَعَلَ الرقبة مضمونةً عليها بالعتق؛ لأنه قد شَرَط بدلها منفعة هي عقد النكاح، فصارت قيمة رقبتها تسميةً في العقد.

---

(١) صحيح البخاري ١٦٢/٩، صحيح مسلم ١٠٣٤/٢ كلاهما بلفظ «نهىٰ عن الشغار».

(٢) صحيح البخاري ١٢٩/٩، صحيح مسلم ١٠٤٥/٢.

(٣) وقد ذكر هذه الخصائص للنبي صلىٰ الله عليه وسلم أيضاً الحافظ ابن حجر في الفتح ١٢٩/٩ مع نسبتها لمن قال بها.

* **قال أبو جعفر** : (وإن أبت أن تزوِّجَه نفسَها: كان عليها أن تَسْعَىٰ له في رقبتها في قولهم جميعاً).

لأنه أعتقها علىٰ منفعةٍ مشروطةٍ للزوج من قِبَلِها، وهي التزويج، فلما لم تَفِ به: لم يجز أن يسلِّم لها الرقبة بغير شيء.

مسألة :

قال : (ولا يَجْمَعُ الحرُّ بين أكثر من أربعِ زوجات).

وذلك لقوله تعالىٰ: ﴿فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ مَثۡنَىٰ وَثُلَٰثَ وَرُبَٰعَ﴾[1].

فإن قيل: ظاهر اللفظ يقتضي جواز التسع؛ لأن الواو للجمع.

قيل: ليس كذلك؛ لأن قوله: ﴿وَثُلَٰثَ﴾: يدخل فيه المَثْنَىٰ، و: ﴿وَرُبَٰعَ﴾: يدخل فيه الثُلاَث، إذ ليس في اللفظ دليل علىٰ أنَّ الثُلاَث غير المَثْنَىٰ، والرُّبَاع غير الثُلاَث؛ لأن صفة الواو للجمع، حتىٰ يقوم الدليل علىٰ غيره.

ومَن أثبت المَثْنَىٰ غيرَ الثُلاَث، والثُلاَثَ غير الرُّبَاع، قد أَلْحَقَ بالآية ما ليس فيها، ومَا لا دليلَ له عليه.

وهذا مثل قوله تعالىٰ: ﴿قُلۡ أَئِنَّكُمۡ لَتَكۡفُرُونَ بِٱلَّذِي خَلَقَ ٱلۡأَرۡضَ فِي يَوۡمَيۡنِ﴾[2]، ثم قال: ﴿وَقَدَّرَ فِيهَآ أَقۡوَٰتَهَا فِيٓ أَرۡبَعَةِ أَيَّامٖ﴾[3].

---

(١) النساء: ٣.

(٢) فصلت: ٩.

(٣) فصلت: ١٠.

واليومان الأوَّلان داخلان في الأربعة، لولا ذلك، لحصل العدد ستَّةَ أيام.

ثم قال: ﴿فَقَضَىٰهُنَّ سَبْعَ سَمَوَاتٍ فِي يَوْمَيْنِ﴾[١]، فكان يحصل خَلْقُ الجميع في ثمانية أيام، وقد أخبر اللهُ في غير هذا الموضِعِ أنه خَلَقَ السماوات والأرضَ في سِتَّة أيام[٢]، فثَبَتَ بذلك أنَّ مقتضىٰ اللفظ ومضمونَه أن يكون العددُ الأولُ داخلاً في الثاني، والثاني في الثالث، حتىٰ تقوم الدلالة علىٰ أنَّ المراد استئناف عدد غير الأول.

وأيضاً: فإن الواو قد تكون بمعنىٰ: «أو»: في اللغة، وهو مشهور فيها[٣]، وكأنه قال: مَثْنَىٰ[٤]، أو ثُلاَث، أو رُبَاع، وإذا كان هكذا، فلا

(١) فصلت: ١٢.

(٢) كما هو في سورة الأعراف، آية رقم٥٤: ﴿إِنَّ رَبَّكُمُ ٱللَّهُ ٱلَّذِى خَلَقَ ٱلسَّمَٰوَٰتِ وَٱلْأَرْضَ فِي سِتَّةِ أَيَّامٍ﴾، وغير هذا الموضع من القرآن الكريم، وقد ذكر هذا المعنىٰ في تفسير الآيات السابقة من سورة فصلت، الفخر الرازي في التفسير الكبير ٢٧/١٠٤ والقرطبي في الجامع لأحكام القرآن ١٥/٣٤٥ وغيرهما، وقد بحث المؤلف آية النساء في أحكام القرآن ٢/٥٤، والقرطبي في أحكامه ٥/١٧.

(٣) شرح ابن عقيل علىٰ ألفية ابن مالك ٣/٢٣٣.

(٤) في الأصل: (وكأنه قال: إذا كان هكذا أو ثلث...)، والتصويب من أحكام القرآن للمؤلف ٢/٥٤، فقد قال فيه: «ومن قال هذا، قال: إنه لو قيل بأو، لجاز أن لا يكون الثلاث لصاحب المثنىٰ، ولا الرباع لصاحب الثلاث، فأفاد ذكر الواو إباحة الأربع لكل أحد ممن دخل في الخطاب» اهـ، ومثله في تفسير الفخر الرازي ٩/١٧٥-١٧٦.

خلاف فيه[١] مع ذلك بين الفقهاء.

مسألة :

قال : (ولا يتزوَّجُ العبدُ أكثر من ثِنْتَيْن).

وذلك لما روىٰ لَيْث عن الحَكَم قال: «أجْمَعَ أصحابُ رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم علىٰ أنَّ العبدَ لا يَجْمَعُ من النساء فوق اثنتين»[٢].

وروىٰ جعفر بن محمد عن أبيه «أنَّ علياً رضي الله عنه كان يقول: لا يَنْكِحُ العبد فوق اثنتين»[٣].

وروىٰ سليمان بن سيار عن عبد الله بن عُتْبَة قال: «قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه: يَنْكِحُ العبدُ اثنتين، وتعتَدُّ بحيضتين، وتُطَلَّق اثنتَيْن»[٤].

* ومن جهة النظر: إن العدد حقٌّ مُقَرَّر من حقوق النكاح، فيثبت له نصفُ ما يثبتُ للحرِّ، بدلالة أنَّ عِدَّة الأَمَة علىٰ النصف من عدَّة الحُرَّة، إذ كانت حقاً مقدَّراً من حقوق النكاح.

وكذلك قالوا في قَسْمِ الأَمَة علىٰ النصف من قَسْم الحرة، وليس

---

(١) المغني ٤٣٦/٧.

(٢) مصنف ابن أبي شيبة ١٤٤/٤، سنن الدارقطني ٢٠٨/٣ سنن البيهقي ١٥٨/٧، المحلىٰ ٤٤٤/٩، قال ابن حجر في التلخيص الحبير ١٧٣/٣: «روىٰ الشافعي عن عمر قال: لا ينكح العبد أكثر من اثنتين... ورواه عن علي وعبد الرحمن بن عوف، قال الشافعي: ولا يعرف لهم من الصحابة مخالف» اهـ.

(٣) تنظر الحاشية السابقة.

(٤) تنظر الحاشية قبل السابقة.

بمنزلة النَّفقة؛ لأنها غير مقدَّرة، ولا معلومة المقدار.

فإن قيل: قوله: ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم﴾[١]، يقتضي دخولَ العبد فيه.

قيل له: العبدُ لم يدخل قطُّ في هذا الخطاب، لاتفاق[٢] الجميع أنه لا يملك قط عقد النكاح، وأنَّ المولىٰ هو الذي يملك ذلك عليه.

مسألة: [ليس للعبد أن يتسرَّىٰ]

(وليس للعبد أن يتسرَّىٰ وإن أَذِنَ له مولاه).

وذلك لأنه لا يَمْلِك، وقد قال تعالىٰ: ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ ۝ إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ﴾[٣].

والدليل علىٰ أنه لا يملك: قولُ الله تعالىٰ: ﴿ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَّمْلُوكًا لَّا يَقْدِرُ عَلَىٰ شَيْءٍ﴾[٤]، ولا يخلو المراد به من أحدِ وجهَيْن:

إما نفيُ قُدرة العبد رأساً، أو نفي المِلك، ولا يجوز أن يكون المراد نفي القُدرة؛ لأن العبدَ والحرَّ جميعاً قادِرَان لا يختلفان في القدرة من جهة الرِّق والحرِّية، فعُلِمَ أنَّ المرادَ نفيُ الملك.

وعلىٰ أنَّ ظاهرَه يقتضي نفيَ الجميع، إلا أنَّ الدلالة قد قامت علىٰ أنه لم يُرِد القدرة، فبَقِيَ حُكْمُ اللفظ في نفي المِلك.

---

(١) النساء: ٣.

(٢) المغني ٧/٤٠٩.

(٣) المؤمنون: ٦، ٧ – المعارج: ٣٠، ٣١.

(٤) النحل: ٧٥.

فإن قيل: فقد قال: ﴿ وَضَرَبَ ٱللَّهُ مَثَلًا رَّجُلَيْنِ أَحَدُهُمَآ أَبْكَمُ لَا يَقْدِرُ عَلَىٰ شَيْءٍ ﴾[١]، والبَكَمُ لا ينفي الملك ولا الرِّق.

قيل له: ظاهرُه يقتضي نفيَ الملك، إلا أنا صَرَفْنَاه عن الظاهر بدلالة[٢].

وأيضاً: فإن المراد أَبْكَمُ مملوك[٣].

[فإن قيل: إن الله تعالىٰ يقول: ﴿وَأَنكِحُواْ ٱلْأَيَٰمَىٰ مِنكُمْ وَٱلصَّٰلِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَآئِكُمْۚ إِن يَكُونُواْ فُقَرَآءَ يُغْنِهِمُ ٱللَّهُ مِن فَضْلِهِۦ ﴾[٤]: فأثبتَ للعبد الغِنَىٰ والفقر، فدلَّ علىٰ أنه يملك، إذْ لو لم يملك، لكان أبداً فقيراً][٥].

قيل له: المراد الغِنَىٰ باستباحة البُضْع، لا بالمال؛ لأنه لو كان المراد الغِنىٰ بالمال، لاستغنىٰ كلُّ مَن تزوَّج، إذ غير جائز وقوع مَخْبَر الله تعالىٰ

(١) النحل: ٧٦، والأبكم: هو الأخرس. مختار الصحاح.

(٢) وهي ما تقدم في الكلام علىٰ الآية السابقة.

(٣) (ألا ترىٰ إلىٰ قوله: ﴿وَهُوَ كَلٌّ عَلَىٰ مَوْلَىٰهُ أَيْنَمَا يُوَجِّههُّ لَا يَأْتِ بِخَيْرٍ﴾، فذِكْرُ المولىٰ، وتوجيهه يدل علىٰ أنَّ المراد: العبد، كأنه ذكر أولاً عبداً غير أبكم... ثم زاده نقصاً بقوله: ﴿أَبْكَمُ ...﴾، فدل علىٰ أنه أراد عبداً أبكم، مبالغةً في وصل الأصنام بالنقص وقلة الخير، وأنه مملوك متصرف فيه). أحكام القرآن للمؤلف ١٨٧/٣.

(٤) النور: ٣٢.

(٥) في الأصل: (أبكم مملوك، فإن قيل: المراد الغنىٰ باستباحة...) وهو نص ظاهر النقص والسقط، وقد أتىٰ المؤلف في أحكام القرآن ١٨٩ بالاعتراض والرد عليه، فأثبته منه.

علىٰ خلاف ما أخبر به.

وأيضاً: فإنه راجع إلىٰ الأيامىٰ من الأحرار؛ لأنهم هم الذين يستغنون، ويملِكُون دون العبد، بالدلائل التي قدَّمْنا.

فإن قيل: قال النبي صلىٰ الله عليه وسلم: «مَن باعَ عبداً، وله مال، فماله للبيِّع إلا أن يشترطه المُبْتَاع»[١]، فأضاف المالَ إلىٰ العبد، فدلَّ أنه يملك.

قيل له: ليست هذه الإضافة إلا علىٰ وجه اليد أو النسبة، كما قال تعالىٰ: ﴿لَا تَدْخُلُوا بُيُوتَ النَّبِيِّ إِلَّا أَن يُؤْذَنَ لَكُمْ﴾[٢].

وقال: ﴿وَقَرْنَ فِي بُيُوتِكُنَّ﴾[٣]، فأضافها تارةً إلىٰ النبي صلىٰ الله عليه وسلم، وتارةً إليهن، ومعلومٌ أنَّ المِلْك لأحدهما.

وهو كقوله عليه الصلاة والسلام: «مَن باعَ نخلاً، وله ثَمَرة، فثمرتُه للبيِّع، إلا أن يَشترطَ المبتاع»[٤].

ولم يدل علىٰ أنَّ النخلَ يَمْلِك الثمرةَ، وهو كقولك: هذا سَرْجُ الدابة، ولجامُها.

* ومن وَجْه النَّظر: أنَّ العبد لو كان ممَّن يملك، لوَجَبَ أن ينتقل ملك رقبتهِ إليه بالكتابة؛ لأنه قد بَذَلَ عنها بدلاً، فكان يجب أن لا يكون

---

(١) تقدم.

(٢) الأحزاب: ٥٣.

(٣) الأحزاب: ٣٢.

(٤) تقدم.

معتَقاً علىٰ المولىٰ، وأن لا يكون ولاؤُه له، ومتىٰ مَلَكَ رقبته انتقلَ إلىٰ نفسه، فأُعْتِقَ عليها، فلمَّا اتفق الجميع علىٰ أن المكاتَب حُرٌّ علىٰ مِلك المولىٰ، دلَّ علىٰ أنَّ العبد لا يصح أن يملِك؛ لأنه لو كان ممَّن يملك، لمَلَكَ رقبته.

مسألة : [النهي عن تزوج امرأة في عدة أختها]

قال : (ولا يتزوج المرأةَ في عِدَّة أختِها، ولا أربعَ سواها[١]، بائناً كانت أو غيرَ بائن).

وذلك لقول الله تعالىٰ: ﴿وَأَن تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ﴾[٢]، ويحصلُ بتزويج[٣] أختِها ضَرَرٌ من الجَمْع؛ لأنه يستلحق نَسَبَها[٤]، وتجب نفقتُهما جميعاً وسُكْنَاهُمَا، وذلك منفيٌّ بالعموم[٥].

وأيضاً: قد اتفقنا[٦] علىٰ أنه لا يُجْمَعُ بين أختَيْن بملك اليمين في الوطء، والمعنىٰ فيه أنَّ الوطءَ حُكْمٌ من أحكام النكاح، فوَجَبَ علىٰ هذا

---

(١) أي: وليس له وهي في العدة أن يتزوج أربعاً سواها.

(٢) النساء: ٢٣.

(٣) هكذا في الأصل: (بتزويج)، وستتكرر هذه الصيغة علىٰ وزن (تفعيل) في كلام المؤلف، وتفعيل قد يجيء بمعنىٰ تفعُّل، أي تزوُّج، كما في فتح الباري ١٣٤/٧، مجمع بحار الأنوار ٤٤٢/٢، وسبق أن نبهت إلىٰ هذا.

(٤) أي نسب ولد هذه وتلك، كما في أحكام القرآن للمؤلف ١٣١/٢ بتصرف.

(٥) أي عموم النهي عن الجمع بين الأختين.

(٦) في أحكام القرآن ١٣٢/٢: (اتفاق الجميع)، وينظر في اتفاقهم علىٰ منع ذلك: المغني ٤٩٣/٧.

أن لا يجوز لـه الجمـع بينـهما في حكـمٍ مـن أحكـام النكـاح كُـلاً، وهـو استِلْحَاق النسب، ووجـوب النفقـة، والـسُّكنىٰ، وكونُهـا محبوسـةً عليـه بحكم العقد.

وأيضاً: وجدنا العدَّة تَمْنَعُه من الجَمْع ما يمنعـه نفـس عقـد النكـاح، والدليل عليه: أنَّ المرأة لمَّا كان محرَّماً عليها الجمع بين زوجَيْن في نكاح، كانت حال العدَّة كحال النكاح نفسه في باب المنع من زوجٍ آخر، فوَجَـبَ أن يكون كذلك حكم الزوج في أن تمنعه العدة من الجمع ما يمنعـه نفـس النكاح.

فإن قيل: إنما مُنِعَت المرأة التزويج؛ لأنها معتدَّة، والرجل ليس عليـه عدة، فلا يمنع.

قيل له: والرجل ليس عليه عدة إذا كانت تحته، ومع ذلك هو ممنـوع من تزويج أختها، فليس إذاً تحريم الجَمْع مقصوراً علىٰ كونها معتَدَّة.

ورُوي نحو قولنا عن علي، وابنِ عباس، وزيدِ بن ثابـت، في آخَـرِين من الصحابة[1] رضوان الله عليهم.

* * * * *

(١) مصنف ابن أبي شيبة ٤/٢٤٢-٢٤٤، مصنف عبد الرزاق ٦/٢١٧، المحلىٰ ١٠/٢٩، الجوهر النقي ٧/١٥١ وبيَّن أنَّ أسانيدها جيدة.

باب ما يَحْرُمُ نكاحه
وما يَحْرُمُ الجَمْع بنَسَبٍ وغير ذلك

مسألة : [تحريم الزواج بالأمهات]

قال : (وأمُّ الرَّجُل حرامٌ عليه، وكذلك الجَدَّات).

وذلك لأن اسم الأم يجمَعُهنَّ، وقال الله تعالىٰ: ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ﴾[١]، وهو اتفاقٌ من المسلمين[٢].

[يَحْرُمُ مِن الرَّضاع ما يَحْرُم من النَّسَب]

قال : (والرَّضاع مثلُ النَّسَب في ذلك)

لقول النبي صلىٰ الله عليه وسلم: «يَحْرُم من الرَّضَاع ما يَحرُم من النَّسَب»[٣].

قال أحمد : وروي عن ابن عباس[٤] في قول الله تعالىٰ: ﴿ حُرِّمَتْ

(١) النساء: ٢٣.

(٢) مراتب الإجماع لابن حزم ص٦٦.

(٣) صحيح البخاري ٥/٢٣٥، صحيح مسلم ٢/١٠٦٨.

(٤) صحيح البخاري ٩/١٥٣-١٥٤، ذكره مختصراً، وفصَّله الطبراني في المعجم الكبير ١١/٤٣١، مصنف عبد الرزاق ٦/٢٧٢، وينظر فتح الباري ٩/١٥٤ =

عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَٰتُكُمْ وَعَمَّٰتُكُمْ وَخَٰلَٰتُكُمْ وَبَنَاتُ ٱلْأَخِ وَبَنَاتُ ٱلْأُخْتِ﴾[1] قال: حَرَّم الله تعالىٰ هذا السَّبع من النَّسَب، ومن الصِّهْر سبعٌ، يعني به قوله: ﴿وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَٰتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَٰعَةِ وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمْ وَرَبَٰٓئِبُكُمُ﴾، ﴿وَحَلَٰٓئِلُ أَبْنَآئِكُمُ﴾، ﴿وَأَن تَجْمَعُواْ بَيْنَ ٱلْأُخْتَيْنِ﴾، وقوله: ﴿وَلَا تَنكِحُواْ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم﴾[2]، ﴿وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلنِّسَآءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ﴾[3]، فهذه سبعةٌ من جهة النَّسَب، وسبعةٌ من جهة السَّبَب.

وجملة الأمر فيه أنَّ النكاح يَحْرُم لسبعة معاني:

١- منها: ما يحرُم بالوطء دون العقد، مثل الوطء بمِلْك اليمين، وبالزنىٰ.

٢- ومنها: ما يحرُم بالوطء وإن لم يكن عَقْد، مثلُ حلائلِ الأبناء، وأمَّهاتِ النساء.

٣- ومنها: ما يحرُم بهما جميعاً، كالرَّبائب.

٤- ومنها: ما يحرُم بالنَّسَب.

٥- ومنها: ما يَحْرُم بالرَّضَاع.

في الجمع بين رواية البخاري والطبراني.

(١) النساء: ٢٣.

(٢) النساء: ٢٢.

(٣) النساء: ٢٤.

٦- ومنها: ما يحرُم بجَمْعٍ بين ذواتَيْ رَحِمٍ مَحْرَم.

٧- ومنها: ما يحرُم لأنها تحتَ زوج.

* وإنما قلنا إن الربائب لا يَحْرُمْنَ إلا بالدخول[١]، ولا يَحْرُمْنَ بالعقد وحدَه، لقول الله تعالىٰ: ﴿وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ ٱلَّٰتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُواْ دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ﴾[٢].

* وأمهات النساء يَحْرُمْن بالعقد[٣]، لقول الله تعالىٰ: ﴿وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمْ﴾[٤]، وذلك عمومٌ في تحريمِهنَّ، دَخَلَ بالبنت أو لم يَدْخُل.

وكذا روي عن ابن عباس أنه قال في ذلك: «أَبْهِمُوا ما أَبْهَمَ الله»[٥].

فإن قيل: قوله ﴿ٱلَّٰتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ﴾، راجع إلىٰ الأمهات، لرجوعه إلىٰ الربائب.

قيل له: ليس كذلك؛ لأن قوله: ﴿ٱلَّٰتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ﴾: تخصيصٌ

(١) أي الدخول بالأمهات.

(٢) النساء: ٢٣.

(٣) أي علىٰ البنات.

(٤) النساء: ٢٣.

(٥) عزاه السيوطي في الدر المنثور ٢/٤٧٣، لابن أبي شيبة، وعبد بن حميد، وابن المنذر، وابن أبي حاتم، والبيهقي في سننه ٧/١٦٠.

ومعنىٰ مبهمات: أي اللاتي ليس من المشروط فيهن الدخول ببناتهن، إنما الشرط في الربائب، كما بيَّن هذا الطبري في جامع البيان ٤/٣٢١.

وحُكْمٌ، والتخصيص أن يكون موقوفاً علىٰ ما حصل فيه اليقين، وقد صحَّ رجوعه إلىٰ الربائب، فلا نردُّه إلىٰ الأمهات إلا بدلالة؛ لأنه لا يجوز تخصيص العموم بالاحتمال.

وأيضاً: فإنَّ شَرْطَ الدخول بمنزلة الاستثناء[1]، وحُكْمُ الاستثناء أن يرجع إلىٰ ما يليه، ولا يرجع إلىٰ ما تقدَّمه إلا بدلالة.

وأيضاً: فإنه لا يصح رجوعه إلىٰ أمهات النساء؛ لأنه لو أَظْهَرْتَ في اللفظ ما أردْتَ إضمارَه فيه، لم يستَقِمِ الكلام؛ لأنه لا يجوز أن نقول: في أمهات نسائكم من نسائكم: لأن أمهات نسائنا، ليس من نسائنا، والرَّبائب من نسائنا، وهذا اللفظ إنما يستقيم في الربائب، دون أمهات النساء.

وقد روىٰ عَمْرو بن شعيب عن أبيه عن جَدِّه عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم[2] مثل قولنا في أمهات النساء والربائب جميعاً.

ورُوي عن عمر، وعمران بن حصين، وزيد بن ثابت رضي الله عنهم

---

(١) وتقديره: «وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم إلا اللاتي لم تدخلوا بهن»، كما في أحكام القرآن للمؤلف ١٢٨/٢.

(٢) وهو قوله صلىٰ الله عليه وسلم: «أيما رجل نكح امرأة، فدخل بها: فلا يحل له نكاح ابنتها، وإن لم يكن دخل بها: فلينكح ابنتها، وأيما رجل نكح امرأة، فدخل بها، أو لم يدخل بها: فلا يحل له نكاح أمها»، سنن الترمذي ٤٢٥/٣ وقال: «هذا حديث لا يصح من قبل إسناده، والعمل علىٰ هذا عند أكثر أهل العلم».اهـ

وقال الطبري في جامع البيان ٣٢١/٤: «في إسناده نظر... وهذا خبر وإن كان في إسناده ما فيه، فإن إجماع الحجة علىٰ صحة القول به مستغنٍ عن الاستشهاد علىٰ صحته بغيره»، وينظر التلخيص الحبير ١٦٦/٣.

من قولهم[1] مثل ذلك.

ورُوي عن علي وابن مسعود[2] في قوله: ﴿فَإِن لَّمْ تَكُونُواْ دَخَلْتُم بِهِنَّ﴾: أنه علىٰ الرَّبائب والأمهات، لا تَحْرُم واحدة منهن إلا بالدخول.

وروىٰ إبراهيم عن شريح أنَّ ابن مسعود كان يقول في ذلك بقول علي، ويُفْتِي به، فلَقِيَ أصحابَ رسولِ الله صلىٰ الله عليه وسلم فذاكرهم، فكَرِهُوا أن يتزوَّجها، فلما رَجَعَ ابنُ مسعود نهىٰ مَن كان أفتاه بذلك، وقال: إني سألتُ أصحابي فكَرِهُوا[3].

وقال زيد: إن طلَّق فهو كما قال عليٌّ[4]، وإن ماتت: لم تَحِلَّ له أمها، وجَعَلَ الموتَ كالدخول؛ لأنه تَسْتَحِق به المهر، فكذلك في التحريم[5].

---

(١) مصنف عبد الرزاق ٦/٢٧٤، سنن البيهقي ٧/١٥٩، جامع البيان ٤/٣٢١.

(٢) مصنف ابن أبي شيبة ٤/١٧١، جامع البيان ٤/٣٢١.

(٣) مصنف عبد الرزاق ٦/٢٧٣، سنن البيهقي ٧/١٥٩.

(٤) أي لا بأس أن يتزوج أمها، كما هو عند الطبري في جامعه ٤/٣٢١ حين ذكر أثر زيد رضي الله عنه، وأثر زيد هو عند ابن أبي شيبة في المصنف ٤/١٧٢.

(٥) قال المؤلف في أحكام القرآن، ٢/١٢٧ موضحاً ذلك: «ويشبه أن يكون زيد بن ثابت إنما فرَّق بين الموت والطلاق في التحريم، لأن الطلاق قبل الدخول لا يتعلق به شيء من أحكام الدخول، ألا ترىٰ أنه يجب فيه نصف المهر، ولا تجب عليها العدة، وأما الموت فلما كان في حكم الدخول، في باب استحقاق كمال المهر، ووجوب العدة، جعله كذلك في حكم التحريم» اهـ.

مسألة: [حرمةُ أمٍّ وبنتِ المرأة الموطوءة بحرام]

قال: (ومَن وطيء امرأةً حراماً، حَرُمت عليه أمُّها وابنتُها، وحَرُمت علىٰ أبيه وابنه).

وذلك لقول الله تعالىٰ: ﴿وَلَا تَنكِحُوا۟ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ﴾[1]، والنكاح اسم للوطء حقيقةً، والعقدِ مجازاً؛ لأن حقيقة النكاح في اللغة هو الجمع بين الشيئَيْن.

أخبرنا بذلك أبو عُمر غُلام ثعلب عن ثعلب والمبرِّد جميعاً قالا: وتقول العرب: «أنكحنا الفَرَا فسنرىٰ»، يعني جَمَعنا بين الحِمَار وأُنثاه، يضربونه مَثَلاً للأمر مجتمعون عليه، ثم ينتظرون ماذا يصدرُ عنه[2].

وإذا كانت حقيقة النكاح الجمع، وكان الجمع إنما يقع بالوطء، دون العقد، دلَّ علىٰ أنه حقيقة في الوطء، وأن العقد إنما سُمِّي بذلك لأنه سببُ الوطء، كما يسمىٰ الشيء باسم غيره، إذا كان منه السبب.

ويدل عليه ما رُوي عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم أنه قال: «لَعَنَ اللهُ ناكحَ البهيمة»[3].

---

(١) النساء: ٢٢.

(٢) هذا المثل وبالمعنىٰ نفسه في جمهرة الأمثال لأبي هلال العسكري ١/١٦٥، تاج العروس (فرا) ١/٩٦.

(٣) مسند الإمام أحمد ١/٢١٧، ٣١٧ بلفظ: «ملعون مَن وقع علىٰ بهيمة»، وبلفظ: «لعن الله...». سنن البيهقي ٨/٢٣٤، وقال ابن حجر في التلخيص الحبير ٤/٥٥: «روي من حديث عمرو بن أبي عمرو ... ومال البيهقي إلىٰ تصحيحه لما عضد طريق عمرو بن أبي عمرو وعنده من رواية عباد بن منصور عن عكرمة».

=

وقال الشاعر:

وَمِن أَيِّمٍ قَد أَنْكَحَتْنَا رِمَاحُنا ... وأُخْرَىٰ علىٰ عمٍّ وخالٍ تَلَهَّفُ[1]

وقال الأعشىٰ[2]:

ومنكوحةٍ غيرِ مَمْهُورَةٍ ... وأُخْرَىٰ يقالُ له فَادِها[3]

يعني المَسْبِيَّة الموطوءة.

ويدل علىٰ أنَّ الحقيقة للوطء: أنَّ عقدَ النكاح لما كان مخصوصاً بإباحة الوطء، سُمِّي نكاحاً، إذْ[4] لم يكن مختَصَّاً بإباحة الوطء.

وقال الهيثمي في مجمع الزوائد ٦/٢٧٢: «رواه الطبراني في الأوسط، وفيه محرز بن هارون، ويقال: محرر، وقد ضعفه الجمهور، وحسّن الترمذي حديثه، وبقية رجاله رجال الصحيح» اهـ.

وأخرجه الحاكم في المستدرك ٤/٣٥٦، ووافقه الذهبي علىٰ تصحيحه.

(١) لم أهتد إلىٰ قائله.

(٢) هو ميمون بن قيس، أبو بصير، من بني قيس بن ثعلبة الوائلي، يقال له: الأعشىٰ الكبير، ولقب بالأعشىٰ لضعف بصره، وهو من فحول شعراء الجاهلية، كان كثير الوفود علىٰ الملوك من العرب والفرس، وكان غزير الشعر، وقد أدرك الإسلام ولم يسلم، مولده ووفاته في اليمامة قرب مدينة الرياض، توفي سنة سبع للهجرة، له ترجمة في خزانة الأدب ١/١٧٥، الأعلام ٧/٣٤١.

(٣) ديوان الأعشىٰ الكبير ص٧٥ رقم (٥٠)، والبيت جاء في وصف كرم رجل فيقول عنه: كم في بيته من سبية قد أحرزها لم يدفع فيها مهراً، وأخرىٰ يطلب أهلها أن يفتدوها بالمال» اهـ من شرح ديوان الأعشىٰ.

(٤) في الأصل: (إذا)، والمعنىٰ والله أعلم: أنَّ العقد لا يختص بإباحة النكاح
=

وأيضاً: الوطء آكدُ في إيجاب التحريم من العقد؛ لأنه قد وَجَدْنَا عقداً صحيحاً لا يوجِبُ تحريمَ الربيبة[١]، ولم نجد وطأً صحيحاً لا يوجب التحريم، ألا ترىٰ أنه علىٰ أي وجهٍ وقع الوطء بملكِ يمينٍ أو نكاحٍ أو شُبهةٍ أَوْجَبَ التحريمَ، فعَلِمْنَا أنَّ الوطءَ سببٌ لإيجاب التحريم علىٰ أيِّ حال وَقَع، وأنه لا يختلف فيه حكم المُبَاح والمحظور.

ويدل عليه: أنه لو وَطِيء جاريةً له مجوسيّةً، أو حائضاً: كان وطؤه إياها موجِباً لتحريم أمِّها وابنَتِها، وهو وطء محظور بالاتفاق[٢].

وكذلك لو تزوَّج امرأةً نكاحاً فاسداً، فوطئها: حَرُمَتْ عليه أمُّها وابنَتُها.

وهذا كله يدل علىٰ أنَّ الوطء مرادٌ بقوله: ﴿ وَلَا تَنكِحُوا۟ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم ﴾.

ويصح أيضاً أن يُجْعَلَ ابتداءً دليلاً للمسألة، ويَرِدُ عليه موضع الخلاف.

وروي نحو قولنا عن عمران بن حصين والحسن والشعبي وإبراهيم[٣].

فقط، بل يترتب عليه أشياء غير الإباحة، من وجوب المهر، وحرمة أمها، ونحو ذلك.

(١) وهو العقد علىٰ أم الربيبة قبل الدخول بها.

(٢) المغني ٤٨٣/٧.

(٣) صحيح البخاري ١٥٣/٩، مصنف ابن ابي شيبة ٤٢١/٤، الإشراف لابن المنذر (تحقيق أبو حماد) ص١٠١، المحلىٰ ١١٦/١٠، الجوهر النقي ١٦٩/٧.

* ويدلُّ علىٰ ذلك من جهة السنَّة: ما روىٰ جرير بن عبد الحميد عن حَجَّاج عن أبي هانئ قال: قال رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم: مَن نَظَرَ إلىٰ فَرْجِ امرأةٍ، لم تَحِلَّ له أمُّها ولا ابنتُها»[1].

فلم يفرِّق بين الحلال والحرام.

فإذا كان التحريم واقعاً بالنَّظَر، فبالوطء أَحْرَىٰ أن يقع؛ لأن أحداً لم يفرّق بينهما.

فإن قيل: روىٰ عبد الله بن نافع عن المغيرة بن إسماعيل عن عثمان بن عبد الرحمن الزُّهري عن ابن شهاب عن عروة عن عائشة «أنَّ رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم سئل عن الرجل يَتْبَعُ المرأةَ حراماً، أينكِحُ ابنتَها؟. أو يَتْبَعُ البنتَ حراماً، أينكحُ أُمَّها؟

قال: لا يحرِّمُ الحرامُ الحلالَ، إنما يحرِّمُ ما كان نكاحاً حلالاً»[2].

فبيَّن للسائل نفيَ التحريم لما سئل عنه.

---

(١) سنن البيهقي ١٧٠/٧ وقال: هذا منقطع ومجهول وضعيف، الحجاج بن أرطاة: لا يحتج به فيما يسنده، فكيف بما يرسله عمن يعرف!. اهـ، ولم يتعقبه ابن التركماني بشيء.

(٢) سنن ابن ماجه ٦٤٩/١ قال في الزوائد: فيه عبد الله بن عمر، وهو ضعيف، سنن الدارقطني ٢٦٨/٣، سنن البيهقي ١٦٩/٧.

قال ابن حجر في الفتح ١٥٦/٩: في إسناده عثمان بن عبد الرحمن الوقاصي وهو متروك، وقد أخرج ابن ماجه طرفاً منه، وإسناده أصلح من الأول. اهـ ورمز له السيوطي في الجامع الصغير (مع فيض القدير) ٤٤٧/٦ بالضعف، وسيأتي في الصفحة التالية تضعيف المؤلف لهذا الحديث.

وقوله: «لا يحرِّمُ الحرامُ الحلالَ»: ينفي وقوع التحريم بالزنىٰ.

قيل له: ليس في سؤال السائل ذِكْر الوطء، وإنما فيه أنه يَتْبَعُها، ويُرَاودها عَن نَفْسها، ولا يكون بينهما وطء، فإذاً ليس في جوابه للسائل بيان موضع الخلاف.

وأما قوله: «لا يُحَرِّمُ الحرامُ الحلالَ»: فإنما عنىٰ به ما سأله عنه السائل من اتباعها حراماً.

ويدل عليه: «إنما يحرِّم ما كان نكاحاً حلالاً»: يعني العقد الحلال، وأن العقد الفاسد لا يحرِّم، وكذلك نقول.

وأيضاً: فإن الحديث واهٍ جداً، وإسناده مضطرب مختلف فيه، ومداره علىٰ عثمان بن عبد الرحمن الزُّهري، وهو ضعيف.

وأيضاً: فقد قيل في معنىٰ: «لا يحرِّمُ الحرامُ الحلالَ»: أنه الرجل يزني بامرأةٍ، أنه جائز له أن يتزوَّجها، وإن وَطِئها حراماً لا يمنعُ عقدَ نكاحها.

وأيضاً: فلا خلاف[1] أنَّ الحرامَ يحرِّم الحلال، وهو وطء أمته في حال الحيض، ووطء الأمة المجوسيّة، والجارية بين رجلَيْن إذا وطئها أحدُهما، فهذا كلُّه وطءٌ حرام، وهو يوجب التحريم، وكذلك الزنىٰ، والمعنىٰ الجامع بينهما حصول الوطء.

فإن قيل: إنما أوجب الوطءُ التحريمَ في المسائل التي ذكرتَ، لِما تعلَّق به مِن ثبوت النَّسَب، ووطء الزنىٰ لا يتعلَّق به ثبوت النسب.

---

(١) أحكام القرآن ٢/ ١١٥، المغني ٧/ ٤٨٣، القوانين الفقهية ص١٣٩.

قيل لـه: هـذا لا يعـارِضُ اعتلالَنـا؛ لأن المعنَيَـيْن جميعـاً يوجِبَـان[١] التحريم، فكيف يتنافيان.

وأيضاً: فإن عقد النكاح يتعلَّق به ثبوت النَّسَب، ولا يحرِّم البنت، فلا يجوز أن يكون السَّبَبُ الموجِبُ لإثبات النَّسَب، لإيجاب التحريم.

وأيضاً: فإن وطء التي لم[٢] تَبْلُغْ، لا يتعلَّقُ به ثبوت النسب، ويوجِبُ التحريم، فعلمنا أنَّ اعتبارَكَ ساقط.

* واللَّمْسُ، والنَّظَرُ بشهوة يوجِبُ من التحريم ما يوجِبُه الوطء.

ورُوي نحوه عن عمر، وابن عمر، وعـامر بـن ربيعـة، وعبـد الله بـن عمرو، ومسروق[٣].

ويدل عليه حديث النبي صلىٰ الله عليه وسلم: «مَنْ نَظَرَ إلىٰ فَرْجِ امرأةٍ حَرُمَتْ عليه أُمُّها وابْنَتُها»[٤].

وكلُّ مَنْ أوجَبَ التحريمَ بوطءٍ حرام، أوجَبَه باللَّمْس بالشهوة أيضاً.

مسألة : [الجَمْع بين أختَيْن في عُقْدَةٍ واحدة]

قال : (ومَن تزوَّج أختَيْن من نَسَبٍ، أو رضاعٍ في عُقْدةٍ واحـدة: فُـرِّق بينه وبينهما).

---

(١) في الأصل: (لا يوجبان).

(٢) في الأصل: (لا).

(٣) مصنف عبد الرزاق ٦/ ٢٨٠-٢٨١ عن عمر رضي الله عنه، وعن مسروق، أما البقية، فلم أهتد لتخريج آثارهم.

(٤) تقدم.

وذلك لقول الله تعالىٰ: ﴿وَأَن تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ﴾[١]، والجمع واقعٌ بهما جميعاً، وليس أحدهما بأولىٰ بفساد النكاح من الأخرىٰ.

مسألة : [لو تَزَوَّج أختَيْن في عُقْدَتَيْن]

قال : (وإن تزَّجهما في عُقْدَتَين: جاز نكاح الأولىٰ منهما، وبطل نكاحُ الثانية).

وذلك لأن نكاح الأُولىٰ وقع صحيحاً، إذ كان مباحاً، ونكاحُ الثانية وقع فاسداً؛ لأن الجمع بها وقع وكان محظوراً.

مسألة : [تحريم الجمع بين المرأة وعمتها وخالتها]

قال : (وكذلك المرأةُ، وعمَّتُها، وخالَتُها).

وذلك لمَا رُوي عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم في أخبارٍ متواترة: «لا تُنْكَحُ المرأةُ علىٰ عمَّتِها، ولا علىٰ خالتها، ولا علىٰ بنتِ أختها، ولا علىٰ بنتِ أخيها، لا الصغرىٰ علىٰ الكبرىٰ، ولا الكبرىٰ علىٰ الصغرىٰ»[٢].

والمعنىٰ في ذلك عندنا: أنَّ كلَّ واحدٍ منهما لو كان رجلاً، والآخر امرأةً: لم يَجُزْ له أن يتزوَّج بها، فكذلك لا يجوز له الجمع بينهما.

مسألة :

قال : (ولا يجوز له وطءُ الأختَيْن بمِلك اليمين).

---

(١) النساء: ٢٣.

(٢) الجزء الأول من الحديث عند البخاري في صحيحه ٩/١٦٠، صحيح مسلم ٢/١٠٢٨، وبهذا اللفظ عند الترمذي ٣/٤٣٣ وقال: حديث حسن صحيح، سنن أبي داود ٢/٥٥٣.

وذلك لقوله تعالىٰ: ﴿وَأَن تَجْمَعُواْ بَيْنَ ٱلْأُخْتَيْنِ﴾[1]، وعمومُه يقتضي النكاحَ والمِلك.

وروي عن عليٍّ رضي الله عنه قال: «أَحَلَّتْهما آيةٌ، وحَرَّمَتْهما آية، والتحريمُ أَوْلىٰ»[2].

وقال[3]: «يحرُم عليك من الإماء ما يحرُم عليك في كتاب الله من الحرائر إلا العَدد».

وعن عمار مثله[4].

ويُروىٰ عن عثمان أنه قال: «أَحَلَّتْهما آية، وحرَّمَتْهما آية، والتحليلُ أَوْلىٰ»[5].

يعني بالتحليل: قوله: ﴿وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلنِّسَآءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ﴾[6].

والصحيح هو الأول؛ لأن قوله: ﴿إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ﴾: مبنيٌّ علىٰ ما تقدَّم ذِكْرُه من وجوه التحريم، ألا ترىٰ أنه لم يُبِح به حلائل الأبناء، ولا أمهات النساء بملك اليمين، فكذلك بين الأختَيْن.

---

(١) النساء: ٢٣.

(٢) سنن البيهقي ٧/١٦٤، الموطأ ٢/٥٣٩.

(٣) أي علي رضي الله عنه، كما في أحكام القرآن للمؤلف ٢/١٣٠.

(٤) سنن البيهقي ٧/١٦٣، الموطأ ٢/٥٣٨.

(٥) سنن البيهقي ٧/١٦٣.

(٦) النساء: ٢٤.

وإنما يقتضي قولُه: ﴿إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ﴾: يعني: بالسَّبْي، أبان عن الفرقة الواقعة بينها وبين زوجها بورود السَّبْي عليها، وانقطاع العِصمة[1] بينهما باختلاف الدَّارَيْن؛ لأن المراد بقوله: ﴿وَٱلْمُحْصَنَٰتُ﴾: ذوات الأزواج.

وأيضاً: لو تعارضت الآيتان، وتساويَتَا فيما يقتضيانه، وفي الاحتمال، لكانت آيةُ الحظر أَوْلىٰ؛ لأن مواقعةَ المحظور يُستَحَقُّ بها اللَّوْم، وتَرْكُ المباح لا يوجب اللَّوْم.

وأيضاً: فإن الحظرَ أصلٌ، والإباحةَ واردةٌ علىٰ الأصل، والحظرُ أَوْلىٰ.

* **قال أبو جعفر**: (فإن وطئ إحدىٰ الأختَيْن: لم يطأِ الأخرىٰ حتىٰ يَحْرُمَ فرجُ الأخرىٰ بتزويجٍ أو مِلك).

وذلك أنه إذا وطىء الثانية، فهو مالكٌ لوطء الأُولىٰ، ومع الجَمْع بوطء الثانية، وذلك محرَّم.

فإن زوَّج الأُولىٰ، أو مَلَكَها غيرُه: حلَّ له وطء الأخرىٰ؛ لأنه لا يكون جامعاً، إذْ لم يكن وطءُ الأولىٰ في مِلكه، ألا ترىٰ أنه إذا طلَّق امرأتَه، وانقضَتْ عدَّتُها: حَلَّ أن يتزوج أختَها؛ لأنه لا يقع به جَمْع.

* **قال**: (وإن كاتَبَها: حَلَّت له الأخرىٰ).

وذلك لأن وطأَها قد خرج عن مِلكه، ألا ترىٰ أنه إذا وطئها: لَزِمَه عُقْرُها، وأنها إذا وُطِئَتْ بشُبْهة أو نكاحٍ: كانت أَوْلىٰ بمهرها من المَولىٰ.

---

(١) في الأصل: (العصبة)، والتصويب من أحكام القرآن ٢/١٣١.

* **قال** : (وروي عن أبي يوسف: أنه لا يَحِلُّ له وطء الأخرىٰ بمكاتبة الأُولىٰ).

لأن وطأها لم يَمْلِكْه عليه غيره.

قال : (وقال أيضاً في هذه الرواية: إنه إن مَلَكَ فَرجَ الأُولىٰ غيرُه: لم يكن له أن يطأ الأخرىٰ حتىٰ تحيض الأُولىٰ حيضةً بعد وطئها).

لأنه جائز أن تكون حاملاً منه، فيكون جامعاً لمائِه في رَحِمَيْ أختَيْن، فيستبرئها حتىٰ يعلم أنها ليست بحامل.

مسألة : [الجَمْعِ بين امرأةٍ مع زوجةِ أبيها]

قال : (ولا بأس بالجمع بين امرأة وبين زوجة أبيها).

قال أحمد : ورُوي نحوه عن عبد الله بن جعفر[1]، وعبد الله بن صفوان[2].

وروي عن الحسن[3] كراهةُ ذلك، وهو قول ابنِ أبي ليلىٰ.

---

(١) عبد الله بن جعفر بن أبي طالب الهاشمي، السيد العالِم، بحر الجود، بل قالوا: لم يكن في الإسلام أسخىٰ منه، ولد بأرض الحبشة أيام الهجرة إليها، له صحبة، توفي رضي الله عنه سنة ثمانين للهجرة، له ترجمة في سير أعلام النبلاء ٣/٤٥٦، فوات الوفيات ٢/١٧٠، وقوله هذا رواه عنه البيهقي في سننه ٧/١٦٧.

(٢) عبد الله بن صفوان بن أمية بن خلف، المكي أحد أشراف قريش، ولد علىٰ عهد النبي صلىٰ الله عليه وسلم، ولأبيه صحبة مشهورة، وقتل مع ابن الزبير سنة ٧٣ هـ، له ترجمة في تقريب التهذيب ص ٣٠٨ (٣٣٩٤)، سير أعلام النبلاء ٤/١٥٠.

وقوله ذكره ابن قدامة في المغني ٧/٤٩٨.

(٣) أي البصري رحمه الله، وذكر الكراهة عنه وعن ابن أبي ليلىٰ ابن قدامة في =

فإن قيل: لو كانت رجلاً: لم يجز له أن يتزوَّج امرأةَ أبيه، فينبغي أن لا يجوز الجمع بينهما.

قيل له: إنما قلنا إن كلَّ واحدٍ منهما لو كان رجلاً: لم يجز له تزويج الأخرىٰ، وكذلك لا يجوز الجمع بينهما، وهذا الاعتبار غير موجود في مسألتنا، لأنا إذا جعلنا بنتَ الزوج رجلاً: لم يصح أن نجعل امرأةَ الأب رجلاً؛ لأن الأخرىٰ لا تكون بنتَ الزوج.

مسألة: [الزواج بنساء أهلِ الكتاب]

قال: (ويَحِلُّ تزويج نساءِ أهل الكتاب).

لقوله تعالىٰ: ﴿وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَٰبَ مِن قَبْلِكُمْ﴾[1]، وروي إباحته عن جماعة من الصحابة، من غير خلاف من نُظَرائهم عليهم[2].

فإن قيل: إنما أراد بقوله: ﴿وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَٰبَ مِن قَبْلِكُمْ﴾[3]: مَنْ قد أسلم منهن، كما قال: ﴿وَإِنَّ مِنْ أَهْلِ ٱلْكِتَٰبِ لَمَن يُؤْمِنُ بِٱللَّهِ﴾[4].

قيل له: إطلاق لفظ أهل الكتاب يقتضي هذَيْن الفريقَيْن من اليهود

المغني ٧/٤٩٨.

(١) المائدة: ٥.

(٢) الإشراف لابن المنذر ص٩١، المغني ٧/٥٠٠.

(٣) المائدة: ٥.

(٤) آل عمران: ١٩٩.

والنصارىٰ، إلا أن يُقْرَن بالإيمان، ولا يجوز لنا صَرْفُ اللفظ عن ظاهره إلىٰ غيره إلا بدلالة.

وعلىٰ أنه لو كان كذلك، لم يكن في ذكرِهِنَّ فائدة؛ لأنه قد ذَكَرَ المؤمنات قبلَهن بقوله: ﴿وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ﴾[1]، وهذا ينتظم مَن كانت كتابيَّة وأسلَمَتْ، ومَن كانت مسلِمَةً لم تَزَل، وكلُّ تأويلٍ أدَّىٰ إلىٰ إبطال حكم الأصل: فهو ساقط.

مسألة:

قال: (ولا يَحِلُّ للمسلم تزوُّج المجوسِيَّة).

لقول الله تعالىٰ: ﴿وَلَا تَنكِحُوا۟ ٱلْمُشْرِكَٰتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَّ﴾[2]، ثم خصَّ الكتابيَّات، فبقيَّة المجوسيَّات علىٰ حكم الحظر.

فإن قيل: قال النبي صلىٰ الله عليه وسلم: «سُنُّوا بهم سُنَّةَ أهلِ الكتاب»[3].

قيل له: هذا وَرَدَ في شأن الجِزْيَة، كذا روي في الخَبَر.

---

(١) المائدة: ٥.

(٢) البقرة: ٢٢١.

(٣) الموطأ ١/٢٧٨ قال ابن عبد البر في التمهيد ٢/١١٤: «هذا حديث منقطع.. لكن معناه متصل من وجوه حسان» اهـ، وقال ابن عبد الهادي في المحرر في الحديث ٢/٤٦٥: «في إسناده انقطاع، وقد روي نحوه متصلاً من وجه آخر».

وفي التلخيص الحبير ٣/١٧٢: «لكن في سماع محمد من حسين: نظر كبير، ورواه ابن أبي عاصم في كتاب النكاح بسند حسن» اهـ، وينظر فتح الباري ٦/٢٦١.

وهذا الخبر يدل علىٰ أنهم ليسوا أهلَ كتاب.

ويدل علىٰ أنهم ليسوا أهـلَ كتـاب: قولُـه تعـالىٰ: ﴿أَن تَقُولُوٓاْ إِنَّمَآ أُنزِلَ ٱلۡكِتَٰبُ عَلَىٰ طَآئِفَتَيۡنِ مِن قَبۡلِنَا﴾[1]، فلو كان المجوس من أهل كتـاب لكـانوا ثلاثَ طوائف.

ومن جهـة النظـر اتفـاق الجميـع[2] علـىٰ أنَّ عَبَـدَةَ الأوثـان لا تُـنْكَحُ نساؤهم، والمعنىٰ فيه: أنهم ليسوا أهلَ كتاب، والمجـوسُ مـثلُهم، لهـذه العلَّة.

وقد روي عن عبد الله الدَّانَاج عن مَعْبَـد الجُهَنِـي قـال: «رأيـتُ امـرأةَ حذيفة مَجُوسيَّةً يُقال لها سَايْرذَخت[3]»، وهذا يحتمل أن تكون كتابيَّة حين كانت تحت حذيفة، ثم تحوَّلتْ بعد موته إلىٰ المجوسيَّة.

وأيضاً: فإن مَعْبَداً الجهني لم يُدْرِك حذيفة.

مسألة : [الزواج بنساء الصابِئين]

قال أبو جعفر : (ونساءُ الصابئين عند أبي حنيفة كـسائر أهـل الكتـاب سواءٌ هُنَّ، لابأس بتزويجهن ووطئِهن بمِلك اليمين، وتُؤكَلُ ذبائحهم.

وقال أبو يوسف ومحمد: نساءُ الصابئين في ذلك كالمجوسيَّات).

قال أحمد : كان أبو الحسن الكرخي رحمه الله يقول: لا خلاف بينهم

---

(١) الأنعام: ١٥٦.

(٢) المغني ٧/٥٣١.

(٣) سنن البيهقي ٧/١٧٣ وقال: هذا غير ثابت، والمحفوظ عن حذيفة أنه نكح يهودية اهـ المحلىٰ ٩/٤٤٩.

في المعنىٰ، وإنما أجاب أبو حنيفة عن صِنْفٍ من الصابئين يَنْتَحِلُون دِينَ المسيح، وهم فِرْقَةٌ مِن النَّصارىٰ يُقِرُّون بالإنجيل في ناحية البَطَائِح في عَمَلِ واسط[1]، فهؤلاء حُكْمُهم حُكْمُ النصارىٰ وإن خالفوهم في أشياء مِن أمر دينهم.

قال الله تعالىٰ: ﴿وَمَن يَتَوَلَّهُم مِّنكُمْ فَإِنَّهُۥ مِنْهُمْ﴾[2]، فهذا قولُهم جميعاً فيمَن كان هذا وصفَه أنه من أهل الكتاب.

وأجاب أبو يوسف ومحمد عن قومٍ آخَرِين، يُسَمَّوْن أيضاً صابئين في ناحية حَرَّان[3]، يَعبُدون الأوثانَ والكواكب، ولا ينْتَحِلُون دينَ المسيح[4]، فهؤلاء لا تجوز مناكَحَتُهم، ولا يحلُّ أكلُ ذبائحهم.

وإنما جواب أبي حنيفة عن مسألةٍ لا خلاف بينهم فيها، وأجاب أبو يوسف ومحمد عن مسألةٍ أخرىٰ لا خلاف بينهم فيها أيضاً.

---

(١) من ناحية الجنوب في العراق ، كما في معجم البلدان ٣٤٨/٥، و(واسط) موقعها يتوسط بين الكوفة والبصرة، كما في بلدان الخلافة الشرقية ص٥٩.

(٢) المائدة: ٥١.

(٣) وهي علىٰ طريق الموصل والشام بينها وبين الرقة يومان، وكانت منازل الصابئة، وهم الحرانيون، كما في معجم البلدان ٢/٢٣٥.

(٤) وقد زاد المؤلف في بيان حال الصابئة في أحكام القرآن ٢/٣٢٨ فبيَّن أنَّ أصل اعتقادهم واحد، وهو تعظيم الكواكب وعبادتها، لكن لظروف سياسية أظهروا النصرانية، وأبطنوا اعتقادهم، قال: والذي يغلب علىٰ ظني في قول أبي حنيفة في الصابئين أنه شاهد قوماً منهم أنهم يُظهرون أنهم من النصارىٰ، وأنهم يقرؤون الإنجيل، وينتحلون دين المسيح تقية اهـ مختصراً.

مسألة :

قال أبو جعفر : (**ومَن كان أحدُ أبوَيْه كتابيًّا، والآخر مجوسيًّا** : كان حُكْمُه حُكْمَ أهلِ الكتاب).

وذلك لأن الكتابيَّ له بعض أحكام المسلمين، وهو المناكحة، وجوازُ الذَّبيحة، فثَبَتَ له هذا الحكم بأحدِهما، كما ثَبَتَ له أحكام الإسلام إذا كان أحدُهما مسلماً.

وإنما كان مسلماً إذا كان أحد أبوَيْه مسلماً، لقول النبي صلىٰ الله عليه وسلم: «كُلُّ مولودٍ يُولَدُ علىٰ الفِطرة، فأبواه يهوِّدانه وينصِّرانه، حتىٰ يُعْرِبَ لسانُه»[1]، فأثبت له حكم الفطرة بنفسه، ونَقَلَه عنها بالأبوين جميعاً، فلما لم يجتمعا علىٰ الكُفْر: لم ينقُلاَه، وكذلك لا ينقلانه عمَّا للكتابيِّ من أحكام الإسلام إلا باجتماعهما علىٰ ذلك.

مسألة : [ليس للزوج جَبْر زوجته الكتابية علىٰ الغُسْل من الحيض]

قال : (ومَن تزوَّج من المسلمين كتابيَّة: لم يكن له جَبْرُها علىٰ الغُسْل مِن الحَيض).

وذلك لأنه ليس عليها غُسل، إذ كان الغُسل إنما يتعلَّق وجوبُه بوجوب الصلاة، وليست هي مؤاخذةً بالصلاة في أحكام الدِّيْن.

مسألة : [مَنْعُ الزوجةِ الكتابيَّة من الخروج إلىٰ الكنائس]

قال : (وله منعُها من الخروج إلىٰ كنائس النَّصارىٰ، وأعيادِهم).

---

(١) صحيح البخاري ٢١٩/٣، صحيح مسلم ٢٠٤٧/٤، وتقدم، وبلفظ: «حتىٰ يعرب عن لسانه»: في المسند للإمام أحمد ٣٥٣/٣.

وذلك لأنه يستحق عليها تسليمَ نفسها في بيته، فله أن يمنعَها من الخروج كما يمنع المسلمة.

مسألة : [تَمَجُّس الزوجة الكتابيَّة]

(ومَن تزوَّج من المسلمين كتابية، فتَمَجَّست: حَرُمَتْ عليه، وانفسخ نكاحُها).

وذلك لأنه قد طَرَأَ علىٰ العقد ما يوجِبُ التحريم، فصار كالرِّدَّة.

مسألة : [لو تهوَّدت الزوجة النصرانية، أو تنصَّرت اليهودية]

قال : (ولو كانت نصرانيَّةً، فتهوَّدَتْ: خَلَّىٰ بينها وبين ما اختارَت من اليهودية، وكانت زوجتُه علىٰ حالِها، وكذلك لو كانت يهوديةً فتنَصَّرت).

وذلك لأن ما صارت إليه مِن الدِّين لا يمنع ابتداءً العقد، فأَنْ لا يمنع البقاء أَوْلىٰ.

مسألة : [خِطْبة المَخْطُوبَة]

(ومَن خَطَبَ امرأةً، فلم تركَنْ إلىٰ خِطبته إياها: لم يكن علىٰ غيره بأسٌ في خِطبتها، وإنما يُكْرَه له خِطبتها بعد خِطبة غيره إذا كانت قد ركَنتْ إلىٰ خاطِبها الأول).

قال أحمد : إنما يُكرَه له خِطبتها إذا ركَنَتْ إلىٰ غيره، لِمَا حدثنا عبد الباقي بن قانع قال: حدثنا موسىٰ بن الحسن بن أبي عَبَّاد قال: حدثنا عبد الله بن رَجَاء قال: حدثنا صَخْر بن جُوَيْرِيَة عن نافع عن ابن عمر قال: «نهىٰ رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم أَنْ يَخطُب الرجلُ علىٰ خِطبة أخيه،

حتىٰ يَتْرُكَ الخاطِبُ الأول، أو يأْذَنَ له، فيخطُب»[1].

فإن هذا الحديث علىٰ معنَيَيْن: أحدُهما: النهي عن خِطبته علىٰ خِطبة غيره.

والثاني: أنَّ ذلك لِحَقِّ الخاطِب الأول، وأنه متىٰ تَرَكَ الخِطبة، أوأَذِنَ للثاني فيها: جاز.

وأما إذا لم تركَنْ إليه، فإنما جاز له ذلك وإن لم يأْذَن الأول، لما روي أنَّ النبي صلىٰ الله عليه وسلم قال لفاطمة بنت قَيْس: إذا انقَضَتْ عِدَّتُكِ فآذِنِيني، فلمَّا انقضت عِدَّتُها أَعْلَمَتْه، وقالت: قد خَطَبَني أبو الجَهْم، ومعاوية.

فقال: أما أبو الجَهْم فلا يَضَعُ عَصَاه عن عاتِقِه، يعني يَضْرب النساء، وأما معاوية فصُعْلوكٌ لا مالَ له، ولكن عليكِ بأسامة بن زيد، قالت: فتَزَوَّجْتُه، فجَعَلَ اللهُ فيه خيراً»[2].

فخَطَبَها النبيُّ صلىٰ الله عليه وسلم علىٰ أسامة بعد ما أعلَمَتْه أنَّ أبا الجَهْم، ومعاوية قد خَطَبَاها.

وروىٰ أنس بن مالك «أنَّ النبي صلىٰ الله عليه وسلم باع قَعْباً وحِلْساً لرجلٍ من الأنصار فيمَنْ يزيد»[3].

---

(١) صحيح البخاري ١٩٨/٩، صحيح مسلم ١٠٣٢/٢.

(٢) صحيح مسلم ١١١٤/٢.

(٣) الحديث تقدم، ووجه الدلالة: القياس علىٰ بيع المزايدة، حيثُ يجوزُ فيه للمشتري الزيادةُ علىٰ ما دَفَعَه المشتري الأول، وذلك لأنَّ البائع لم يَرْكَنْ إلىٰ إيجاب المشتري الأول، فكذلك الخِطبة.

مسألة : [الخِطبة في العِدَّة]

قال : (والتصريحُ بالخِطبة في العِدَّة مكروه، والتعريض بذلك مباح).

لقول الله تعالىٰ: ﴿ وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُم بِهِۦ مِنْ خِطْبَةِ ٱلنِّسَآءِ أَوْ أَكْنَنتُمْ فِىٓ أَنفُسِكُمْ ۚ عَلِمَ ٱللَّهُ أَنَّكُمْ سَتَذْكُرُونَهُنَّ وَلَٰكِن لَّا تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا ﴾[1]: يعني نكاحاً.

وقال النبي صلىٰ الله عليه وسلم لفاطمة بنت قَيْس: «إذا انقَضَتْ عِدَّتُك فآذِنِينِي»[2]، وذلك تعريضٌ منه في العِدَّة.

قال ابن عباس: «التعريضُ أن يقول: إني أريدُ أَنْ أتزوَّج»[3].

قال مجاهد: «يقول: إنكِ لحسناء، وإنكِ لجَمِيلة»[4].

قال سعيد بن جبير في قوله: ﴿إِلَّآ أَن تَقُولُوا۟ قَوْلًا مَّعْرُوفًا﴾، أن يقول: إني فيكِ لَرَاغِبٌ، وإني لأرجو أنْ نَجْتَمِع[5].

* * * * *

(١) البقرة: ٢٣٥.

(٢) تقدم.

(٣) جامع البيان للطبري ٢/٥١٧.

(٤) جامع البيان ٢/٥١٨.

(٥) جامع البيان ٢/٥٢٦.

باب نِكَاح أهلِ الشِّرْك

مسألة : [أحكام الزواج فيما بين أهل الذمة والحرب]

قال أبو جعفر : (وإذا تزوَّجَ الذِّمِّيَّان أو الحربيَّان بغير مهر وذلك جائزٌ في دِينهم: فهو جائز، ولا مهر لها، وقال أبو يوسف ومحمد في الذِّمِّيَّيْن: لها المهر).

قال أحمد : الأصل في ذلك: أنَّ إثبات المهر في العقد حقٌّ لله تعالىٰ، وفي التالي من العقد حقٌّ لها، وهم غير مؤاخذين بحقوق الله، فلم يثبت في العقد.

والدليل علىٰ أنَّه في العقد حق لله تعالىٰ، وفي التالي حق لآدمي: ألا ترىٰ أنَّ المسلِمَيْن لا يجوز لهما إسقاطه من العقد، ولها أن تُبْرِئه بعد العقد.

وأيضاً: لمَّا لم يكن شرطُ العقد استصحابَ بقاء المهر، صار كالنكاح بغير شهود، لمَّا لم يكن شرطُ بقاء العقد استصحابَ بقاء الشهود، جاز عقدُهم بغير شهود، وإن ارتَفَعُوا إلينا: لم نَفْسَخْه، كذلك المهر.

* ولأبي يوسف ومحمد: أنَّ الذمِّيَّيْن من أهل دارنا أحكامُنا جاريةٌ عليهم، فيثبت المهر وإن لم يشترطاه، كالمسلِمين.

وليسا كالحربيَّيْن، لأنهما تعاقدا حيث لا تجري عليهما أحكامنا، وقد

تراضَيَا بأن لا مهر، فلم يجب في العقد، ولا يجب بعده أيضاً.

ألا ترىٰ أنَّ الحدودَ لمَّا كانت حقّاً لله تعالىٰ، لم يجب علىٰ الحربِيين إذا أسلموا بعد ذلك وقد أصابوه في حال الحرب؛ لأنه وجب حيث لا يَدَ للإمام فيه، كذلك المهر.

وأما الذمِّيَّان فهما تحت يد الإمام، وبحيث تجري عليهما الأحكام، فثبت كالحدود.

* وليس ثبوت المهر كالحدِّ عند أبي حنيفة؛ لأن الحدود عقوبات مستَحَقَّة بالإجرام، فلا يختلف فيها حكم أهل الدار، كما لا يختلف في القصاص والتعزير، والمهر حقٌّ لله تعالىٰ في العقد، لا علىٰ وجه العقوبة، فأشبه سائر العبادات، فلم يؤاخَذُوا بها.

وأيضاً: فإن الحدود موضوعة لمنع الفساد، والزَّجْر عنه، والذميون ممنوعون من الفساد في دار الإسلام كالمسلِمِين، لأن إظهار الفساد في دارنا ضررٌ علينا، فكان مصلحةً لنا ونفعاً، فلمَّا كان لنا فيها حق: لم يختلف فيها المسلم والذمي.

مسألة: [زواج الذمي بما هو محرَّم في الإسلام]

قال أبو جعفر: (وإذا تزوج الذميُّ ذمِّيَّةً في عِدَّةٍ من ذمي: جاز نكاحه، وخُلِّي بينه وبين ذلك إذا كان ذلك من دِينهم.

وكذلك مَن تزوَّج منهم ذات مَحْرَم منه وذلك في دِينهم جائز: خُلِّي بينهم وبين ذلك.

وكذلك لو تزوَّج خمسَ نسوة، أو أختَيْن.

ما لم يتراضَ الزوجان في ذلك بأحكام المسلمين، فإذا تراضيا بها:

رُدَّا إليها، ولا يُرَدَّان إليها برضا أحدِهما، وهذا قول أبي حنيفة.

قال: وقال أبو يوسف: لا يُعْتَرَض لهما في شيء من ذلك، ما لم يَرْفَعْه أحدُهما إلىٰ حاكم المسلمين، فإذا رَفَعَه أحدُهما: حكَمَ فيه بينهما بحُكْم المسلمين، رَضِيَ بذلك صاحبُه أو كَرِهَه).

قال أحمد: مذهب أبي حنيفة في ذلك: أنهم يُخَلَّوْن وأحكامَهم في المناكحات، حتىٰ يجتمعا جميعاً علىٰ الرضا بحُكْم الإسلام، فإذا تراضيا بذلك، حُمِلاَ علىٰ أحكام المسلمين، إلا في النكاح في العِدَّة، والنكاح بغير شهود.

وقال محمد مثلَ قول أبي حنيفة، أنهم يُخَلَّوْن وأحكامَهم في النكاح، وليس لنا أن نعترضَ عليهم، إلا أنه يقول: إذا رضيَ أحدُهما بأحكامنا، حُمِلاَ جميعاً علىٰ أحكام الإسلام في جميع ذلك، إلا في النكاح بغير شهود، فإنه لا يفسخه.

ويخالفُ أَبَا حنيفة في النكاح في العِدَّة، فيفسخه إذا رضيَ أحدُهما حُكْمَنَا.

وذَكَرَ أبو جعفر أنَّ قولَ أبي يوسف أنهم يُخَلَّوْن في أحكامهم حتىٰ يرضىٰ أحدُهما بحُكْمِنَا، فيُحْمَلا حينئذٍ علىٰ أحكام الإسلام، وهذا إنما هو قول محمد خاصَّة.

وقول أبي يوسف: أنهم يُحْمَلُون علىٰ أحكامنا، رَضُوا بها، أم لم يرضَوْا، إلا أنه لا يَفْسَخُ النكاح بغير شهودٍ عليهم.

قال أبو يوسف: لو أمْكَنَني أن أُتْبِعَهُم بأحكامنا في ديارهم فعلتُ،

لقول الله تعالىٰ: ﴿ وَأَنِ ٱحْكُم بَيْنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَآءَهُمْ ﴾[(١)].

* يُحْتَجُّ لأبي حنيفة في ذلـك بقـول الله: ﴿فَإِن جَآءُوكَ فَٱحْكُم بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ ﴾[(٢)].

وروي أنَّ قوله: ﴿ وَأَنِ ٱحْكُم بَيْنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَآءَهُمْ ﴾ نزل بعـد قوله: ﴿فَٱحْكُم بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ ﴾.

فصار التخيير الذي في الآية الأولىٰ منسوخاً بالثانية[(٣)]، إلا أنه لم تَقُـم الدلالة علىٰ أنَّ شَرْطَ المجـيء المـذكور بالآيـة الأولىٰ منـسوخ، إذ لـيس يمتنع أن تنتظم الآية معنَيَيْن، فيُنْسَخ أحدُهما، ويَبْقَىٰ المعـنىٰ الآخـر غـيرَ منسوخ، فإذا لم تَقُم الدلالة علىٰ أنَّ شَرْطَ المجيء منسوخ بقَّيْنَاه، وجمَعْنَا بينه وبين الآية الثانية، فصار كقوله: فإن جاؤوك فاحكم بينهم بما أَنْزَلَ الله.

وأيضاً: فإنا أعطيناهم العهدَ علىٰ أن نخلِّيَهم وشرائِعَهم وأحكامَهم، ما لم يكن فيه فساد علىٰ أهل الإسلام.

والدليل عليه: أنهـم يخلَّـوْن وعبـادةَ غـير الله، وصَـلَواتِهم في بِـيَعِهم وكنائِسِهم، وهذا كلُّه كُفْرٌ وضلال، وقد أُقِرُّوا عليه، فكذلك نكـاح ذوات

(١) المائدة: ٤٩.

(٢) المائدة: ٤٢.

(٣) قال أبو جعفر النحاس في معاني القرآن ٢/٣١٠: والقول بالنسخ هو الاختيار عند أهل النظر.اهـ وقال ابن الجوزي في نواسخ القرآن ص٣١٣ بعد أن نقل النسخ عن ابن عباس وعطاء ومجاهد... وغيرهم قال: ثبت أنَّ قول أكثر العلماء أنَّ الآية منسوخة.اهـ

المحارم، ليس بأعظم مِن ذلك.

وأيضاً: فإنه معلوم «إقرارُ النبي صلىٰ الله عليه وسلم قوماً من النصارىٰ واليهود في دار الإسلام علىٰ ذِمة»[١]، وقد كان يَعْلَم لا محالة أنهم يستبيحون من مناكحاتهم كثيراً ممَّا هو محظور في شريعة الإسلام، فلم يعترض عليهم في شيءٍ منها، فدلَّ علىٰ أنهم مُقَرُّون عليها، ما لم يرتفعوا إلينا.

فإن قال قائل: فقد منَعْتَهم الزِّنىٰ والسرقة ونحوها.

قيل له: أما الزنىٰ فلا نعلم أحداً يستبيحه من أهل الملل، وكذلك السرقة أيضاً، فإن فيه إظهارَ الفساد في دار الإسلام، وهم ممنوعون منه، لما فيه من الضَّرر علىٰ المسلمين.

فإن قيل: فقد مَنَعْتَهم الرِّبَا، وسائر البيوع الفاسدة.

قيل له: لأن لذلك أصلاً آخر قد ثبت بالسنة، فردَدْنَاه إليه، وهو ما روي عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم «أنه كَتَبَ إلىٰ نصارىٰ نجران: إما أن تَذَرُوا الرِّبَا، وإما أَنْ تَأْذَنُوا بحربٍ من الله ورسوله»[٢]، فصار ذلك أصلاً في البِيَاعات.

وقال الله تعالىٰ: ﴿فَبِظُلْمٍ مِّنَ ٱلَّذِينَ هَادُوا۟ حَرَّمْنَا عَلَيْهِمْ طَيِّبَٰتٍ أُحِلَّتْ لَهُمْ

---

(١) تقدم.

(٢) سنن أبي دود ٣/٤٣٠ بلفظ قريب، وسكت عنه، قال ابن حجر في التلخيص الحبير ٤/١٢٥: «في سماع السدي من ابن عباس نظر، لكن له شواهد».

وَبِصَدِّهِمْ عَن سَبِيلِ ٱللَّهِ كَثِيرًا ﴿١٦٠﴾ وَأَخْذِهِمُ ٱلرِّبَوٰاْ وَقَدْ نُهُواْ عَنْهُ ﴾[1].

فأخبرَ الله تعالىٰ أنهم مَنْهِيُّوْنَ عن الربا، ممنوعون منه بالشرع.

والذي مَنَعهم التعاملَ بالربا، هو الذي أَقَرَّهم علىٰ مناكحاتهم، مع عِلْمِه صلىٰ الله عليه وسلم بمخالفة كثيرٍ منها أحكامَنا، فصار كلُّ واحدٍ من ذلك أصلاً في نفسه، لا يُعتَرَض عليه بغيره.

* وأما أبو يوسف، فذَهَبَ إلىٰ ظاهر قوله: ﴿ وَأَنِ ٱحْكُم بَيْنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَآءَهُمْ ﴾[2].

وروي عن عمر «أنه أَمَرَ أن يُفَرَّق بين المجوس وبين ذواتِ محارِمِهم»[3].

* وإنما اعتبر أبو حنيفة مجيئَهما جميعاً، ورضاهما بحُكْمِنا، لقول الله تعالىٰ: ﴿فَإِن جَآءُوكَ فَٱحْكُم بَيْنَهُمْ ﴾[4]، فشَرَطَ مجيئَهما جميعاً في إيجاب الحُكْم بينهما.

وأيضاً: فإنهما إذا لم يكونا محمُولَيْن علىٰ حُكْمِ الإسلام لو لم يرتَفِعَا إلينا، فغيرُ جائزٍ أن يُلْزَم الذي لم يرضَ بحُكْمِنَا، لأجل رِضا الآخر؛ لأن رِضاه غيرُ جائزٍ علىٰ صاحبه.

---

(١) النساء: ١٦٠-١٦١.

(٢) المائدة: ٤٩.

(٣) مصنف عبد الرزاق ٦/٤٩، المحلىٰ ٧/٣٤٨ وصححه.

(٤) المائدة: ٤٢.

* وقال محمد: إذا رَضِيَ أحدُهما بحُكْمِ الإسلام، صار كأنه مسلم، فَحُمِلَ الآخر علىٰ حكم الإسلام، كما لو أسلم أحدُهما.

والانفصال لأبي حنيفة: أنَّ إسلام أحدِهما، يوجِبُ حَمْلَهما علىٰ حكم الإسلام، ولا يصح لهما التراضي علىٰ غيره، ورضا أحدِهما لا يُلْزِمُهُمَا ذلك.

ألا ترىٰ أنه لو قال بعد ما رَضِي: أنا لا أرضىٰ: لم يُحْكَمْ بينهما، فلذلك اختلفا.

* وأما النكاح في العِدَّة: فإن أبا حنيفة لم يَفْسَخْه وإن رَضِيَا بحُكْمنا، أو أسلما جميعاً، وفَرْقُه بينه وبين نكاح ذواتِ المحارمِ مِن وجهَيْن:

أحدهما: أنَّ العِدَّة إنما تمنع ابتداءً العقد، ولا تمنع البقاء، ألا ترىٰ أنَّ المرأة إذا وُطِئَتْ بشُبْهةٍ، وهي تحت زوجٍ، فوجَبَتْ عليها العِدَّة، لم يمنع ذلك بقاء العقد.

ولو أراد أن يَبْتَدئ عليها عقداً في العِدَّة: لم يصح، فلمَّا كان كذلك، وقد وَقَعَ العقد بحيث لا اعتراض فيه، ولو فَسَخْنَاه كُنَّا إنما نَمْنَعُ البقاء عليه لأجل العِدّة، وقد بيَّنَّا أنَّ العِدَّة لا تمنع بقاء النكاح، وإنما تمنع الابتداء، فأشبه من هذا الوجه النكاحَ بغير شهود، أنه لمَّا كان الشهود شرطاً في ابتداء العقد، لا في البقاء، لم يصحَّ النكاح بعد الإسلام والتراضي بأحكامنا لأجلِ عَدَم الشهود في الحال.

وفارَقَ نكاحَ ذواتِ المحارم، والعقدَ علىٰ خَمْسِ نِسْوَةٍ، مِن جهةِ أنَّ هذه العقوبة لا يختلف فيها حكم الابتداء والبقاء في الإفساد، فلذلك مَنَعَ البقاء في هذا الحال.

والوجه الآخر: أنَّ مذهب أبي حنيفة: أنه لا يَرىٰ عليها عِدّةً إذا لم يكن

في دِينهم وجوبُ العدة؛ لأن العِدَّة حقٌّ لله تعالىٰ، لزومُها متعلِّق بتقدُّم الإسلام، كالصلاة وسائر العبادات.

* وأما أبو يوسف ومحمد جميعاً، فلم يفرِّقوا بينهما لأجل العِدَّة علىٰ حسب اختلافهما في حال التفريق، وذلك لأن النكاح بغير شهود مختلَف فيه، فمِنَ الفقهاء مَن يُجيزه(١)، فصار ذلك عقداً واقعاً، تلحقه الإجازة من قِبَل حاكمٍ لو حكمَ بصحَّته، وقد وَقَعَ في الابتداء غير معرَّض للفسخ عند الجميع، ما لم يتحاكموا إلينا؛ لأن المسلمَيْن لو عَقَدا بغير شهود، لم يكن للحاكم أن يعترض عليهما، حتىٰ يحتكِمَا إليه، وإذا وقع في حال الكُفْر علىٰ هذا الوجه: لم يفسخه بعد الإسلام.

وأما النكاح في العِدَّة، فقد وقع علىٰ فسادٍ لا تلحقه إجازة بحال، فصار بمنزلة نكاح ذواتِ المَحَارم.

قال أحمد: وقال زُفَر: يفرَّق بينهما أيضاً في النكاح بغير شهود؛ لأن العقد وقع علىٰ فساد عنده.

مسألة: [زواج الذمي ذميةً في عِدَّتها من مسلم]

(وإذا تزوَّج ذميةً في عِدَّةِ مسلم(٢)، لم يجز نكاحها).

لأن عدَّتها حقٌّ للمسلم، فلا سبيل لها إلىٰ أن تُدْخِلَ عليه فراشاً لغيره، مع بقاء حكم فراشه.

---

(١) كأبي ثور وابن المنذر ورواية عن أحمد وغيرهم، ينظر المغني لابن قدامة ٣٣٩/٧، والموسوعة الفقهية الكويتية ٢٩٥/٤١.

(٢) أي في عدتها من مسلم دخل بها، فمات عنها أو طلقها، كما في مختصر الطحاوي ص١٧٩.

والدليل علىٰ أنَّ فيها حقاً للزوج وإن كانت حقاً لله تعالىٰ: قولُ الله: ﴿فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا﴾(١)، فَجَعَلَ العِدَّة إذا وَجَبَتْ حقّاً له.

مسألة : [مجوسيٌّ أسلم وعنده مجوسية]

قال : (وإذا تزوَّج المجوسيُّ امرأةً مجوسيةً، ثم أسلَمَ، عُرِضَ عليها الإسلام، فإنْ أسلَمَتْ: فهي امرأتُه علىٰ حالها، وإن أَبَتْ: فُرِّق بينهما).

وإنما لم يُقَرَّا علىٰ النكاح لقوله تعالىٰ: ﴿وَلَا تَنكِحُوا۟ ٱلْمُشْرِكَٰتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَّ﴾(٢)، وهي مشركة لا يجوز وَطْؤُها.

ويدلّك عليه: أنَّ ابتداء العقد عليها لا يصح في هذه الحال.

* وإنما لم تقع الفرقة بإسلامه؛ لأن المعنىٰ الموجِبَ للتحريم وهو كُفْرها غيرُ حادِث علىٰ النكاح، وإسلامُه هو الحادِث، وليس الإسلام موجِباً للتحريم، ولابدَّ لوقوع الفُرقة من سببٍ حادِث علىٰ النكاح، فلمَّا لم يكن كفرها حادِثاً علىٰ العقد، بل كان العقدُ موجوداً معه، احتَجْنَا إلىٰ سببِ تقويةِ الفُرقَة، وهو إباؤها الإسلام بعد العَرْض عليها؛ لأنه لا يجوز لنا تبقيتها علىٰ النكاح.

وليس إسلام أحد الزوجين فيما يتعلَّق به من الفُرقة، كرِدَّة أحدِهما؛ لأن الرِّدَّة سببٌ موجِبٌ للتحريم، حادِث علىٰ النكاح، فصار كالرَّضاع، ووطءِ أمِّ المرأة، وسائرِ الأسباب الحادِثة علىٰ العقد الموجِبَة للتحريم، فوقعت الفرقة عقيبها، فإذا عَرَضْنَا الإسلام، فأبَتْ أن تُسْلِمَ، صارَ إباؤها

(١) الأحزاب: ٤٩.

(٢) البقرة: ٢٢١.

سبباً حادِثاً علىٰ العقد، يتعلَّق به إيجاب الفرقة، ففرَّق القاضي بينهما من أجله.

مسألة :

قال أبو جعفر : (فإن كان قَدْ دَخَلَ بها: فلها الصَّدَاق الذي تزوَّجَهَا عليه).

وذلك لأن بطلان العقد من جهتها لا يُسْقِط المهرَ المستَحق بالدخول؛ لأن ذلك الدخول لا يرتفع بارتفاع العقد.

ويدل عليه: قولُ النبي صلىٰ الله عليه وسلم: «أَيُّما امرأةٍ نُكِحَت بغير إذن مَوَاليها، فنكاحها باطل، فإن دَخَلَ بها: فلها مهرُ مثلها، بما استحلَّ من فَرْجها»[1].

فحكَمَ بفساد عقد الأَمَة إذا عَقَدَت بغير إذن مولاها، ولم يَحْكُم ببطلان مهرها.

وقال عليه الصلاة والسلام لعُوَيْمِر العَجْلاني حين لاعَنَ بينه وبين امرأته، فقال عُوَيْمِر: مالِي مالِي، يعني المهر الذي أعطاها، فقال النبي صلىٰ الله عليه وسلم: «لا مالَ لك، إنْ كنتَ صَدَقْتَ عليها، فبما استَحْلَلْتَ مِن فَرْجها، وإن كنتَ كَذَبْتَ عليها: فذلك أَبْعد لك»[2].

فأخبر عليه الصلاة والسلام بأنها مستَحِقَّة للمهر وإن كان الزوج صادِقاً، وهي كاذبة بما استحلَّ مِن فرجها.

---

(١) تقدم.

(٢) صحيح البخاري ٩/٤٥٦، صحيح مسلم ٢/١١٣٢.

* **قال** : (وإن لم يكن دَخَلَ بها: لم يكن لها عليه صداق).

وذلك لأن الفُرقة جاءت مِن قِبَلها قبل الدخول، فصارت كالفُرقة الحادثة بِردَّتها، فيسقط مهرها.

[مسألة :]

ولو كانت المرأة هي التي أسلمت، وأبىٰ الزوجُ الإسلامَ بعد عَرض الحاكم عليه ذلك، ففرَّق بينهما: كان عليه نصف المهر، إذا كان ذلك قَبْل الدخول؛ لأن الفُرقة جاءت مِن قِبَله قبل الدخول، وكلُّ فُرقة جاءت من قِبَل الزوج قَبْل الدخول: فعليه فيه نصف المهر، وإذا جاءت من قِبَل المرأة: سَقَطَ المهر.

مسألة : [إذا تزوج الذمي أختَيْن أوخمسَ نسوةٍ ثم أسلمن]

قال أبو جعفر : (وإذا تزوَّج أختَيْن معاً، أو خَمْسَ نسوةٍ في دار الحرب، ثم أسلَمْنَ جميعاً: فُرِّقَ بينه وبينهن في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وكذلك لو تزوَّجَ أمَّاً وابنتَها في عُقدة.

وقال محمد في الأختَيْن: يختار أيَّتهما شاء، ويختار مِن الخَمْس أربعاً، وفي الأم والبنت إن لم يدخل بواحدةٍ: حَرُمَت الأم، ويُمْسِكُ البنتَ، وإن كان دَخَلَ بهما: فُرِّقَ بينه وبينهما).

قال أحمد : الأصل في ذلك عند أبي حنيفة وأبي يوسف: أنَّ كلَّ عقد لا يختَلِفُ فيه حكم الابتداء والبقاء للمسلم، فإنه لو عَقَدَه في حال الكُفْر: وقع فاسداً، فإذا أسلمَ: لم يُقَرَّ عليه.

وذلك نحو عقد الأختَيْن، والخَمْسِ النسوة في عُقْدة، فهذا مما لا يختلف فيه حكم الابتداء والبقاء، ألا ترىٰ أنه لا يصح للمسلم البقاء علىٰ الأختَيْن، ولا علىٰ الخَمْس النسوة، كما لا يصح له ابتداء العقد.

ولو تزوَّج رجلٌ صَبِيَّتَيْن رَضِيْعَتَيْن، فأرضعَتْهما امرأةٌ: وَقَعَت الفُرْقَةُ بينه وبينهما، ولم يصح البقاء علىٰ نكاحهما، كما لا يصح الابتداء.

والدليل علىٰ صحة هذا الأصل، ووجوب اعتباره إذا وقع العقد في حال الكُفْر: اتفاق الجميع[1] علىٰ أنه لو تزوَّج ذات مَحْرَم منه، ثم أسلَمَ: فُرِّق بينهما، وكان عَقْده في حال الكفر، كهو في حال الإسلام.

كذلك العقد علىٰ الأختين، والخَمْس النسوة، والأم، والبنت، إذْ كُنَّ سواء في تساوي حُكْم الابتداء والبقاء في حال الإسلام.

ولا يلزم علىٰ ما ذكرنا: النكاح في العدة، وبغير شهود، مِن قِبَل أن حكم الابتداء أوالبقاء يختلف في ذلك، إذ ليس شرطُ بقاء العقد استصحابَ الشهود، وخُلُّوَها من العِدَّة، ألا ترىٰ أنَّ مَنْ طَرَأَت عليها عِدَّةٌ من وطءِ شُبْهة، وهي تحت زوجٍ: لم يُبْطِل ذلك نكاحَ الزوج.

وكذلك موت الشهود، وعدمُهم، لا يقدح في العقد بخلوِّها من العِدَّة، ووجود الشهود، إنما هما شرط في صحة وقوع العقد، لا في بقائه، فلذلك اختلفا.

* واحتجَّ مَن خَيَّره فيهن بحديث مَعْمَر عن الزهري عن سالم عن ابن عمر «أنَّ غَيْلان بن سلمة أسلمَ وتحتَه عَشْرُ نِسوة، فقال النبي صلىٰ الله عليه وسلم: خُذْ منهنَّ أربعاً»[2].

---

(١) المغني ٧/٥٥٠-٥٥٣.

(٢) سنن الترمذي ٣/٤٣٥ وقال: سمعت محمد بن إسماعيل يقول: هذا حديث غير محفوظ، سنن ابن ماجه ١/٦٢٨، المستدرك للحاكم ٢/١٩٢، صحيح ابن حبان (موارد الظمآن) ص١٣٠ (١٢٧٧) والحديث قال عنه جماعة من الحفاظ إنه لا =

وبحديث محمد بن عبد الله الثقفي عن عُروة بن مسعود قال: «أسلمتُ، وتحتي عَشْرُ نسوةٍ، فقال لي رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم: اخترْ منهن أربعاً، وخَلِّ سائِرَهن»[1].

وبحديث ابنِ أبي ليلىٰ عن حُمَيْضَة بن الشَّمَرْدَل عن الحارث بن قيس «أنه أسلم وعنده ثمان نسوة، فقال له النبي صلىٰ الله عليه وسلم: اختَرْ منهن أَرْبَعاً»[2].

وبحديث يزيد بن أبي حَبِيب عن أبي وَهْب الجَيْشَاني عن الضَّحَّاك بن فَيْرُوز عن أبيه قال: «قلتُ: يا رسول الله! إني أسلمتُ وتحتي أختان قال: طَلِّق أيَّتَهما شئت»[3].

قال أحمد: فأما حديث الزهري فإنه يقال: إنه ممَّا أخطأ فيه مَعْمَر، وذلك لأنه كان عندهم حديثان في قصة غَيْلان بن سلمة أحدهما: أنَّ غيلان طَلَّق نساءَه، وقَسَم ماله بين ورثته، فقال له عُمر: وايْمُ الله لئن متَّ

يصح إلا مرسلاً، منهم البخاري وأحمد بن حنبل، وصححه بعضهم كالحاكم، ينظر في هذا التلخيص الحبير ١٦٨/٣.

(١) سنن البيهقي ١٨٤/٧.

(٢) سنن ابن ماجه ٦٢٨/١، سنن أبي داود ٦٧٧/٢، وسكت عنه، سنن البيهقي ١٨٣/٧. قال المنذري في مختصر سنن أبي داود ١٥٦/٣: «في إسناده ابن أبي ليلىٰ، وقد ضعفه غير واحد من الأئمة، قال أبو عمر النمري: لم يأت من وجه صحيح اهـ وبمعناه كشاهد حديث غيلان كما في سنن أبي داود ٦٧٨/٢».

(٣) سنن الترمذي ٤٣٦/٣ وقال: حديث حسن، سنن أبي داود ٦٧٨/٢ وسكت عنه، صحيح ابن حبان (الموارد) ص٣١٠ (١٢٧٦)، وصححه الشافعي، كما في نيل الأوطار ٣٠٢/٦.

قبل أن تراجعَ نساءَك لأورِّثهنَّ من مالِك، ثم لأَرْجُمُنَّ قبرَك، كما رُجِمَ قَبْرُ أبي رِغَال[١].

وإسناد هذا الحديث عن الزهري عن سالم عن أبيه قد رواه عنه جماعة.

وكان عنده في قصة غَيلان حديث آخر عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم حين أسلم غيلان، وعنده عشر نسوة، فأمَرَ النبيُّ صلىٰ الله عليه وسلم أن يختار منهن أربعاً، ولكن إسناده عند الزهري ما ذكره مَعْمَر، فجعل معمرٌ إسنادَ حديث عمر في قصة غيلان لحديث النبي صلىٰ الله عليه وسلم في أمره إياه باختياره أربعاً منهن[٢].

والدليل علىٰ ذلك: أنَّ مالك بن أنس[٣] وعَقِيْل بن خالد قد رَوَيَا عن الزهري أنه قال: بَلَغني عن عثمان بن محمد بن أبي سُوَيد أنَّ رسولَ الله صلىٰ الله عليه وسلم قال لغَيلان بن سَلَمة وقد أسلم، وتحته عشر نسوة: اختَرْ منهنَّ أربعاً.

فلو كان عند الزهري عن سالم عن أبيه في هذا شيء، لما لَجَأَ إلىٰ

---

(١) كان أبو رغال دليلاً لأبرهة الأشرم إلىٰ مكة، حين أراد هدم الكعبة المعظمة، كما في أخبار مكة للأزرقي ١٤٢/١، تاريخ الخميس للدياربكري ١٨٨/١، وفيه: أنه القبر الذي مرَّ به رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم في غزوة الطائف، وبيَّن لهم أنه قبر أبي رغال، كما في سنن أبي داود ٤٦٤/٣.

(٢) ومثله من كلام الإمام البخاري رحمه الله، كما في سنن الترمذي ٤٣٥/٣، وينظر التلخيص الحبير ١٦٨/٣.

(٣) الموطأ ٥٨٦/٢.

البلاغ في الرواية، فهذا الذي يبيِّن خطأ معمر في إسناده هذا الحديث.

ولأن أحداً لم يتابعْ مَعْمَراً علىٰ هذا الإسناد، إلا أنه قد رُوي عن سالم عن أبيه من غير طريق الزهري، رواه سيف بن عبيد الله الجَرْمِي عن سَرَّار بن مُجَشِّر العَنَزِي أبو عبيدة قال: حدثنا أيوب عن نافع، وسالم عن ابن عمر أنَّ غيلان بن سلمة أسلم وتحته عشر نسوة، فأسلمَ وأسلَمْنَ معه، فأمَرَه النبيُّ صلىٰ الله عليه وسلم أن يختار منهن أربعاً.

ولو ثبت هذا الحديث وسائرُ الأخبار المروية، لم تدلَّ علىٰ موضع الخلاف، وذلك أنه لم يثبت أنَّ عقدَ هؤلاء كان بعد تحريمِ الخَمْس، والجمعِ بين الأختين.

وجائزٌ أن يكون عقدُهم كان قَبْل تحريم الجَمْع بين الخَمْس نسوةٍ، والأختَيْن، فإن كان كذلك، فقد كان العقد وَقَعَ صحيحاً في حال الإباحة، ثم طَرَأَ التحريمُ بعد، فيكون له الخيار.

كما نقول في رجلٍ طَلَّقَ إحدىٰ امرأتَيْه ثلاثاً بغير عينها: أنَّ ذلك لا يُفْسِدُ عقدَهما، ويكون له الخيار في إمساك إحداهما، ويعتبر الطلاق في الأخرىٰ، وإن كان لو ابتدأ العقد عليهما معاً، وقد كان طَلَّق إحداهما ثلاثاً، ولم يَعْرِفْها: لم يصحَّ عقدُه عليهما، ثم إذا صحَّ العقد لم يكن تحريمُ إحداهما بغير عينها موجِباً لتحريم الأخرىٰ.

وإذا احتمَل أن يكون العقد الذي أجاب فيه النبيُّ صلىٰ الله عليه وسلم كان[1] في حال الإباحة، ولم يكن ذلك عمومَ لفظٍ من النبي صلىٰ الله عليه

---

(١) في الأصل: (الذي أجاب فيه النبي صلىٰ الله عليه وسلم ثم أجاب به كان...).

وسلم فيمَن عَقَد علىٰ هذا الوصف في حال الشِّرْك، فينتظر حال الإباحة والحظر، بل كان حكماً في قضية بعَيْنِها محتَمِلة لما وصفنا: سَقَطَ الاحتجاج به في موضع الخلاف، إذْ ليس لأحدٍ مِن الخصمَيْن أن يدَّعِيَ وقوعَه بعد الحظر إلا ولخصمه أن يدَّعِيَه قبلَه.

فإن قيل: تَرْكُ النبيِّ صلىٰ الله عليه وسلم سؤالَ السائل عن حال وقوع العقد، يدل علىٰ أنَّ الحكم شامِلٌ للحالَيْن؛ لأن الحكم لو كان مختَلِفاً لسأَلَه النبيُّ صلىٰ الله عليه وسلم.

قيل له: يجوز أن يكون تَركُه المسألةَ عن ذلك لعلمه وقوع العقد والاحتمال علىٰ الوجه الذي ذكرنا.

ويدل عليه أنَّ العقد كان في حال الإباحة، وأنَّ النبيَّ صلىٰ الله عليه وسلم قد عَلِمَ ذلك: قولُه لفيروز الدَّيْلَمِي في الأختَيْن: «طَلِّق أيَّتَهما شِئْتَ»، فهذا يدل علىٰ أنَّ العقدَ كان في حال الإباحة، وأنه مَلَك بُضْعَ الأُخْتَيْن جميعاً بالعقد، لولا ذلك لَمَا صحَّ طلاقُه في المحرَّمة منهما.

وأيضاً: يحتمل أن يكون معنىٰ قوله: «اختَرْ منهن أربعاً»، و: «اختَرْ أيَّتَهما شئت»: بنكاح مستقبَل، وعقدٍ جديد.

وأيضاً: يحتمل قوله: «اختَرْ منهن أربعاً» أن يكون مراده الأربعُ الأوائل.

* وأما محمد فذَهَبَ إلىٰ ظاهر هذه الأخبار، فإذا تزوَّج أُمّاً وبنتاً: حَرُمَتْ الأم عنده بتزويج البنت، فيفارِقُها بعد الإسلام، فإن دَخَلَ بالأم: حَرُمَت البنت أيضاً بوطء الأم.

مسألة:

قال: (وإذا فُرِّقَ بين المرأة وزوجها لأجل إسلامها، وإبائه الإسلامَ:

فعليها العِدَّة، كعِدَّة المطلَّقة، ولها السُّكْنَىٰ والنفقة علىٰ الزوج.

وإن فَرَّقْنَا بينهما لإسلامه، وإبائها الإسلامَ: فعليها العِدَّة إن كان بعد الدخول، ولا نفقة لها في العِدَّة، ولها السُّكْنَىٰ).

قال أحمد: الأصل في ذلك: أنَّ كلَّ فُرْقَة جاءت مِن قِبَلها بمعصية، وقد دَخَلَ بها: فلا نَفَقَة لها، ولها السُّكنَىٰ، والأصل فيه النشوز أنه يُبْطِل النفقة؛ لأن المنع جاء من قِبَلها بمعصية، وأما السُّكْنَىٰ فإنها حق لله تعالىٰ، فلا يَسْقُط بفعلها.

ألا ترىٰ أنها لو أبرأت منها: لم تصح.

وأما إذا كانت الفُرقة مِن جهة الزوج: فلها السكنىٰ والنفقة، بمنزلة الطلاق، وإن كانت الفُرقة من قِبَلها بغير معصية[1]: فلها نفقة العِدَّة والسكنىٰ؛ لأنها غير عاصيةٍ فيه، فلم تسقط نفقتها.

مسألة: [الرِّدَّة سببٌ للفُرقة بين الزوجين]

قال: (وأيُّ الزوجَيْن ارتدَّ: وقَعَت الفُرقة بينهما بنَفْس الرِّدَّة).

وذلك لأن الردة سببٌ موجِبٌ للتحريم، حادِث علىٰ العقد.

والدليل علىٰ ذلك: أنها تمنع استئنافَ العقد عليها، فوَجَبَ أن تقعَ الفرقة عقيبها، كالرضاع، والطلاق الثلاث، ونحوها.

وأيضاً: لم يختلفوا[2] أنها توجب الفرقة، إلا أنَّ من الناس مَن يوجبها بمعنىٰ ثلاث حِيَض، فكان وقوعها في الحال عندنا لما وصفنا.

---

(١) كخيار البلوغ، كما في حاشية ابن عابدين ٣/٦١١.

(٢) المغني ٧/٥٦٤.

وليست الرِّدَّة كالطلاق الرجعي، لا يوجب التحريم، ولا يمنع صحة ملك البُضْع.

مسألة:

قال: (وإن ارتدَّا معاً لم تَقَع الفُرقة).

قال أحمد: وهذا استحسان من قولهم، وكان القياس أن تقعَ الفرقة، وجهة القياس: أنَّ السببَ الموجِبَ للتحريم، وهو الردة، حادِث علىٰ النكاح علىٰ ما بيَّنَّا، فكانت رِدَّتُهما معاً، كرِدَّة أحدِهما، ولكنهم تَركوا القياس؛ لأن مِن أصلهم جوازَ تخصيص العلَّة، وتَرْكَ حُكْمِها مع وجودها[1]، لقيام الدلالة عليه.

والدلالة الموجِبَة لتخصيص علة القياس التي ذكرناها: أنَّ أهلَ الردة لمَّا أسلَمَ مَن أسلَمَ منهم في زمن الصحابة رضي الله عنهم، لم يفرِّقوا بينهم وبين نسائهم[2].

فإن قال قائل: ومن أين لك أنَّ رِدَّتَهم وإسلامَهم جميعاً كانا من الزوجين معاً، ويمتنع مع ذلك في العادة أن يكون كلُّ مَن ارتدَّ منهم ارتدَّت امرأتُه معه في حال ارتداده، لم يسبِقْ أحدُهما به صاحبَه.

قيل له: هو كما قلت، إلا أنَّ كلَّ أمْرَيْن لا يُعْلَم تقدُّم أحدِهما علىٰ صاحبه، سَقَطَ حُكْمُ التاريخ فيه، وصارا كأنَّهما وَقَعَا معاً.

---

(١) ينظر مسألة: تخصيص العلة في التيسير شرح التحرير لأمير بادشاه ١٥/٤، فتح الغفار لابن نجيم ٣٨/٣.

(٢) الموطأ ٥٤٤/٢ بلاغاً عن ابن شهاب.

والدليل علىٰ ذلك: الغَرْقَىٰ، والقومُ يقع عليهم البيت، أنا لا نعلم تقدُّم موتِ أحدِهم علىٰ غيرهم: حَكَمْنا بموتهم جميعاً معاً.

وإن شئتَ قيَّدْتَ العلَّة في الأصل بما يلزمك عليه التخصيص، فقلتَ: إنَّ الردَّة عند اختلاف الدِّيْنَيْن لما كانت سبباً موجباً للتحريم، ثم أشْبَهت سائرَ الأشياء الموجبَة للتحريم، مثل الرضاع ونحوه، فوقعت الفرقة عقيبهما، فإذا ارتدَّا معاً، فلم يختلف بهما الدِّينان، فلم يلزم علىٰ العلة، وإذا اختَلَف بهما الدينان، فحُكْمُهما موقوفٌ علىٰ دلالةٍ أخرىٰ، وقد قامت الدلالة من إقرار الصحابة مَن أسلم مِن أهل الردة علىٰ نسائهم، علىٰ أنهما لم يختلف بهما الدينان: لم توجب الفرقة.

مسألة : [إن أسلم المرتدان كانا علىٰ نكاحهما]

قال : (فإن أسْلَمَا معاً: كانا علىٰ نكاحهما).

لأنهما لم يختلفا في الدينَيْن، ولأن رِدَّتَهما لَمَّا لم توجب الفرقة، فإسلامهما أحرىٰ أن لا يوجبها.

مسألة : [إن أسلمَ أحدُ المرتدَيْن قبل الآخر وَقَعَت الفرقة]

قال : (وإن أسلمَ أحدُهما قبل صاحبه، وقَعَت الفرقة).

وذلك لأنهما اختلفا في الدِّيْنَيْن، فصار كَرِدَّة أحدِهما قبل الآخر، إذ كانت الردة حادثة علىٰ النكاح، وقد اختلف بها الدينان، وليس إسلام مَن أسلمَ منهما هو الموجِب للفرقة، ولكن الموجِب لها هو الردة الحادِثة علىٰ العقد عند اختلاف الدينَيْن.

* * * * *

باب نكاح الشِّغَار

مسألة : [نكاح الشِّغَار جائز وفيه مَهْر المثل]

قال : (وإذا زوَّجه أختَه علىٰ أَنْ يزوِّجه أختَه، أو زوَّجه أَمَتَه علىٰ أن يزوِّجه أَمَتَه، ليس بينهما مَهرٌ غير ذلك: فالنكاح جائز، ولكلِّ واحدةٍ منهما مَهْرُ مثلها.

قال : وهذا الشَّرْط هو الشِّغَار).

قال أحمد : هذا العقد قد اشتمَلَ علىٰ ثلاثة معان:

أحدُها: تمليكُ البُضْع بعقد نكاح.

والثاني: شَرْطُ بُضْعِ كلِّ واحدةٍ لوليِّ الأخرىٰ.

والثالث: أَنْ لا مَهْرَ لهما.

وعقد النكاح لا تُفْسِدُه الشروط، ولا فسادُ البدل، ولا عَدَمُه.

والدليل عليه: أنه لو تزوَّجها علىٰ خمرٍ أو خِنزيرٍ: جاز النكاح، وبَطَلَ الشرط.

وكذلك لو تزوَّجها علىٰ أنْ لا مهرَ لها: كان لها المهرُ، وجاز النكاح، وبَطَلَ الشرط.

وإذا صح ما وصفنا، ولم يكن في هذه المسألة إلا هذه المعاني، وكلُّ

واحدٍ منها لا تأثيرَ له في فساد العقد، وَجَبَ أن يجوز العقد.

فإن قيل: «نَهَىٰ رسولُ الله صلىٰ الله عليه وسلم عن نكاح الشِّغَار»[1]، فينبغي أن يفسد العقدُ؛ لعموم النهي.

قيل له: إذا ثبت أنَّ نكاح الشِّغَار وَصْفُه ما قدَّمْنا، وهو أن يزوِّجَه أختَه علىٰ أنْ يزوَّجه أختَه، أو يزوِّجه أَمَتَه علىٰ أنْ يزوِّجه أَمَتَه، وكذلك رُوي تفسيره عن السَّلَف، فهذا إنما هو عقدٌ واقعٌ علىٰ أحد وجهَيْن:

إما أنْ يكون لم يُشْرَط لها فيه مهرٌ رأساً، ويُشْرَطُ لوليِّها مَنْفَعَة، وهو بُضْعُ الأخرىٰ، وذلك لا يُفسد العقدَ؛ لأن عدم تسمية البدل في النكاح لا تأثير له في إفساد العقد.

أو أن يكون جَعَلَ بُضْعَ كل واحدة بدلاً لبُضْع الأخرىٰ، وذلك إذا زوَّجَه أَمَتَه علىٰ أنْ يزوَّجه أَمَتَه، فهذا إنما هو فسادٌ في البَدَل، فلا يَفْسُدُ العقدُ من أجله، كما لو تزوَّجها علىٰ خَمْرٍ أو خِنزير، ونحن إذا أجزنا نكاحَها بمهر المثل، فلم نُجز الشِّغَار؛ لأن النكاح بمهر المثل ليس بشِغَار.

فإن قيل: فقد أجزتَ عقداً غير ما تعاقَدَاه.

قيل له: كما إذا عَقَد علىٰ نكاحٍ بخَمْرٍ أو خِنزيرٍ، أجزنا عليهما عقداً بمهر المثل، وهو غير ما تعاقَدَا عليه، وكما إذا عَقَدا بغير مهر، أجزناه بالمهر.

والأظهر من معنىٰ الشغار، أن يكون نكاحاً عارِيَاً من المهر، كما

(١) تقدم.

يُقال: بلدٌ شَاغِر، إذا كان فارغاً من الجُنْد[١].

فإن قيل: لا يُشْبِهُ النكاحُ بالخمر أو الخنزير الشِّغَارَ؛ لأنه جَعَلَ في الشِّغَار بُضْعَ كلٍّ واحدةٍ مهراً للأخرىٰ، وقد أبطلناه أن يكون مهراً، فلا يصح عقدٌ قد أبطلناه من أن يكون معقوداً عليه عقداً صحيحاً.

قيل له: إنما أخرجنا البُضْعَ من أن يكون مهراً، ولم نُخْرِجْه من أن يكون بعقد النكاح، كما قلنا جميعاً[٢] إذا تزوَّجها علىٰ خَمْرٍ أنه قد جَعَلَ البُضْعَ بدلاً من الخمر، فنخرجه من كونه بدلاً من الخمر، ولا نخرجه من كونه معقوداً عليه عقداً صحيحاً، لا بَدَلاً من الخمر.

وعلىٰ أنَّ الشافعيَّ رضي الله عنه قد قال: إنه لو زوَّجه أختَه علىٰ ألفِ درهم، علىٰ أَنْ يزوِّجه أختَه: جاز النكاح، وكان لها مهر المثل[٣]، فقد أخرجنا البُضْعَ من أنْ يكون بدلاً لبُضْع الأخرىٰ، ولم نُبْطِلْه أن يكون معقوداً عليه في نفسه عقداً صحيحاً.

وهذه المسألة تنقض عليه سائرَ ما يَحْتَجُّ به في إفساد النكاح المعقود عليه بشِغَار.

فإن قيل: قد قلتُم في العبد إذا أَذِنَ له مولاه في تزوُّجِ حُرَّةٍ علىٰ رقبته، فتزوَّجها: أنَّ النكاحَ فاسد، وهذا فسادٌ في البَدَل، أفسدتُم من أَجْلِه النكاح، فالشغار مثله وإن كان الفساد في البدل.

---

(١) القاموس المحيط (شغر).

(٢) الإشراف لابن المنذر ص٥٢.

(٣) لم أهتد إلىٰ هذا النص بعينه من كلام الإمام الشافعي رحمه الله، لكن في الأم ١٥٩/٥ ما يفيد أنه لو لم يسم مهراً، صح العقد، وثبت لها مهر المثل.

قيل له: لم يفسد النكاح لأجل فساد البدل؛ لأن البدلَ هو رقبة العبد، مما يصح تمليكه، ويجوز أن يكون بدلاً للبُضْع، ومن أجل أنها بدل صحيح، فَسَدَ العقد فيه؛ لأنه حين دخلَ في العقد، وصار بدلاً، أوجب أن تملكه المرأة بعقد النكاح، ولا يصحُّ للمرأة بقاء النكاح مع حصول تملُّكها في رقبة الزوج، فامتنع من هاهنا جواز العقد من أجل صحة البدل، لا من أجل فساده، وليس ذلك من الشِّغَار في شيء.

فصل: [جواز عقد النكاح بشرط أن لا مهر]

والدليل علىٰ جوازِ عقد النكاح وإن شَرَطَ أَنْ لا مهرَ لها، ويَجبُ لها مهرُ المثل: قولُ الله تعالىٰ: ﴿لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا۟ لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتِّعُوهُنَّ﴾[1].

فحكَمَ بصحة الطلاق علىٰ عقدٍ لم يسمّ فيه مهراً، والطلاق لا يقع إلا في نكاحٍ صحيح، فثَبَتَ بذلك جواز عقد النكاح مع عَدَمِ تسمية المهر.

فإن قيل: إنما دلَّت الآيةُ علىٰ جوازه إذا سَكَتَ عن التسمية، فما الدليلُ علىٰ جوازه إذا شَرَطَ أنْ لا مَهْرَ لها؟

قيل له: الآية منتظِمَةٌ للأمرَيْن؛ لأن شَرْطَه أنْ لا مهرَ لها، لا يُخرجُه من أن يكون عقداً لم يُسَمِّ فيه مهراً، وقد حكَمَت الآيةُ بجوازه، فمَن خصَّ منها حالاً دون حال، لم يَثْبُتْ له ذلك إلا بإقامة الدليل، وإذا جاز مع شَرْطِ أن لا مهرَ لها، جاز إذا جَعَلَ البدل خمراً أو خنزيراً، إذ كان لها مهر المثل، لأنه قد صحَّ أنَّ الشروط لا تفسدُه.

---

(١) البقرة: ٢٣٦.

وأيضاً: فإن فساد البدل ليس بأكثر من عَدَمِه، فإذا كان عَدَمُ التسمية لا يقدَحُ في العقد، ففساده كذلك.

ومما يدلُّ علىٰ أنَّ عقدَ النكاح لا تُفسِدُه الشروط: أنه يصح علىٰ بَدَلٍ مجهول، وهو مهر المثل، وكلُّ عقدٍ صحيح مع جهالة البدل، فإن الشروط لا تفسده، ألا ترىٰ أنَّ العَتاق والصلحَ من دم العمد ونحوهما من العقود التي تصح مع جهالة الأبدال، لا تُفسِدُها الشروط.

مسألة: [إذا تزوج ذميٌّ ذمية علىٰ خمرٍ أو خنزير، ثم أسلما]

(وإذا تزوَّج الذميُّ الذمِّيَّةَ علىٰ خمرٍ بعينها، أو خنزيرٍ بعينه، ثم أسلما، أو أسلم أحدُهما قبل القبض: فلا شيء للمرأة غيرها).

وذلك لأن ضمان المهر في يد الزوج ضمانٌ بعينه، لا يتعلَّق بهلاكه قبل القبض فسادُ العقد، فأشبه الغصب، ولو أنَّ ذمِّياً غَصَبَ ذميَّاً خمراً أو خنزيراً، ثم أسلما أو أسلم أحدُهما: لم يكن له غيرُ العَيْن، كذلك المهر.

(وقال أبو يوسف: لها مهر المثل، سواء كان بعَيْنه أو بغير عَيْنه).

وذلك لأنَّ ما يَحْدُث علىٰ العقد قبل القبض، بمنزلة الموجود في العقد.

والدليل عليه: أنه لو اشترىٰ منه خمراً بعينها، أو خنزيراً بعينه، ثم أسلم أحدُهما قبل القبض: بَطَلَ العقد، وصار كأنه عَقَدَ عليه بعد الإسلام، كذلك حُكْم ما يطرأ علىٰ عقد النكاح قبل القبض، بمنزلة ما عَقَد عليه في تلك الحال.

(وأما محمد: فإنه يسوِّي بين ما كان من ذلك بعينه أو بغير عينه أيضاً).

وجَعَلَ تعذُّرَ تسليمه بعد الإسلام، بمنزلة موت العبد المهر قبل القبض، فيُرْجَعُ إلىٰ القيمة.

(وقال أبو حنيفة: لو تزوَّجها علىٰ خمر بغير عينها أو خنزير بغير عينه، ثم أسلَمَا: فلها في الخنزير مهر المثل، وفي الخمر القيمة).

وذلك لأن الثابت كان في ذمته إلىٰ وقت الإسلام هو الخمر، وقد تعذَّر تسليمها بعد الإسلام؛ لأن المسلم لا يجوز له تمليك الخمر، فصار بمنزلة مَنْ غَصَبَ شيئاً له مِثْل، نحو الرُّطَب والعِنَب، فاستهلَكَه، ثم انقطع من أيدي الناس: أنَّه يغرَمُ قيمتَه يوم الخصومة علىٰ أصله، وكذلك عنده أنَّ الخمر كانت في الذمة إلىٰ أن أسلم، فتعذَّر تسليمها، فنَقَلناها إلىٰ القيمة.

وأما الخنزير، فكان القياس فيه كذلك، إلا أنه تَرَكَ القياس، وجَعَلَ فيه مهرَ المثل، وذلك لأن ثبوت الخنزير في الذمة، ليس هو ثبوتاً صحيحاً، ألا ترىٰ أنه لو جاء بالقيمة بَدْءاً: قُبِلَتْ منه، ولم يُجْبَر علىٰ تسليم الخنزير[1]، كمَن تزوَّج منَّا امرأةً علىٰ شاة بغير عَيْنها، فله أن يعطيَها القيمة، فلمَّا لم يكن ثبوت الخنزير في الذمة ثبوتاً صحيحاً، ثم طرأ الإسلام، فأسقط التسميةَ: عاد إلىٰ مهر المثل.

وأيضاً: فلو أوجبنا القيمة، لأوجبناها بالعقد، والعقدُ يوجبُ مهرَ المثل، ما لم يكن فيه تسمية صحيحة، فإذا اجتمع في العقد قيمةُ الخنزير، ومهرُ المثل، كان مهر المثل أَوْلىٰ بالثبات، إذ كان مهر المثل دَيْناً صحيحاً، وقيمة الخنزير ليست بدَيْن صحيح، ألا ترىٰ أنَّ له أن يعدِل عن الخنزير إلىٰ القيمة، فكان ثبوت مهر المثل أَوْلىٰ، وبالله التوفيق.

---

(١) في الأصل: (الخمر).

مسألة : [نكاح المُتْعَة]

قال أبو جعفر : ونكاح المُتْعَة غيرُ جائز، وهو أن يتزوَّج الرجلُ المرأةَ وَقْتاً معلوماً).

قال أحمد : المُتْعَةُ المتَّفَقُ عليها أن يقول: أُعطيكِ كذا علىٰ أن أتمتَّع فيكِ يوماً، أو نحو ذلك، وهذا لا خِلاف بين الفقهاء في فساده[1].

وقد روي عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم النَّهي عنها في أخبارٍ مستَفِيْضَةٍ شائعة، وأنَّهُ حرَّمَها بعدَ ما كان أَبَاحَها[2].

ويدلُّ علىٰ تحريمِها قولُ الله تعالىٰ: ﴿ وَٱلَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَـٰفِظُونَ ۝٥ إِلَّا عَلَىٰٓ أَزْوَٰجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَـٰنُهُمْ ﴾[3].

فحَظَرَ الوطءَ إلا من أحد الوجهَيْن، والمتعةُ خارجةٌ عنهما.

فإن قيل: قد صحَّت إباحتُها عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم بالاتفاق، والحَظْرُ بعد الإباحة مختَلَفٌ فيه، فلا يثبت باتفاق.

قيل له: هذه قضيَّةٌ فاسدة؛ لأنها توجب أن لا يَثْبُتَ شيءٌ من الأحكام إلا من طريق الاتفاق، وهذا فاسد عند الجميع.

وأيضاً: لم تثبت الإباحة إلا من حيث يَثْبُتُ الحَظْر؛ لأنَّ كلَّ خبرٍ ورَدَ في إباحتها، ففيه ذِكْر حَظْرِها بعد الإباحة، فإن لم يثبت الحَظْر، لم تثبت الإباحة.

---

(١) المغني ٥٧١/٧، القوانين الفقهية ص١٤٠.

(٢) صحيح البخاري ١٦٦/٩، صحيح مسلم ١٠٢٢/٢-١٠٢٨.

(٣) المؤمنون: ٥-٦.

فإن قيل: قال الله تعالىٰ: «فَمَا اسْتَمْتَعْتُم بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ إِلىٰ أَجَلٍ مُسَمًّىٰ»[١].

قيل له: هو شَاذٌّ[٢] لم يثبت عندنا، ولو ثَبَتَ كان التأجيلُ مذكوراً للبدل، أخبرَ أنَّ عقدَ النكاح جائز علىٰ مهر مؤجَّل، وأنه متىٰ حَلَّ الأجلُ لَزِمَه تسليمُه.

وأما إذا قال: أتزوَّجُكِ عشرة أيام، فإن زفر بن الهذيل يقول: هذا نكاح جائز، والشَرْطُ باطِل، وقال سائرُ أصحابنا هو فاسد، وهي متعةٌ، من قِبَل أنه جعل النكاح مؤقَّتاً، والمتعة كذا هي نكاح مؤقت.

وأيضاً: فإنه إذا عَقَدَ علىٰ عشرة أيام، لم يَخْلُ مِن أن يملِكَ بُضْعَها علىٰ التأبيد، ويبطُلَ التوقيت، أو يملك بُضْعَها ملكاً مؤقَّتاً يرتفع بمضيِّ الوقت.

فالأول فاسد؛ لأنه إذا عَقَدَ علىٰ عشرة أيام: لم يجز أن يملك بضعها بعد المدة، كما إذا عَقْدَ إجارةً علىٰ نفسه عشرة أيام، لم يكن علىٰ ما بعد العشرة عقد، وكما لو قال: اشتريتُ منكَ قَفِيْزاً من هذه الصُّبْرة، كان المعقود منها هو القَفِيز، وما عداه غير داخل في العقد.

وكذلك النكاح المؤقت، يقتضي توقيتُه أن لا يكون هناك عقد علىٰ ما

---

(١) هكذا في الأصل، وقد جاءت هذه القراءة الشاذة عند عبد الرزاق في مصنفه ٤٩٨/٧، سنن البيهقي ٢٠٥/٧-٢٠٦ بلفظ: «فما استمتعتم به منهن ـ إلىٰ أجل مسمىٰ ـ فآتوهن أجورهن»، والآية من سورة النساء، آية رقم/ ٢٤ هكذا: ﴿فَمَا ٱسْتَمْتَعْتُم بِهِۦ مِنْهُنَّ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً﴾.

(٢) جامع البيان للطبري ١٣/٥.

بعد المدة، ولا جائز أن يستبيحَ وطأها فيها، وإن جَعَلْنَا النكاحَ مؤقَّتاً كان متعة.

ويدل علىٰ ذلك: أن عقد النكاح بمنزلة عقد تمليك الأعيان في جوازه غير مؤقَّت، وهو مفارِق للعقد علىٰ المنافع، إذ لا يصح إلا مؤقَّتاً، وهو الإجارات.

ولمَّا كان كذلك، ووجدنا تمليكَ عقود الأعيان يُبْطِلُها التوقيت، نحو أن يقول: قد بعتُكَ هذا العبدَ عشرةَ أيام، وَجَبَ أن يكون النكاح مثله.

فإن قال قائل: قولُه تزوَّجْتُكِ: عقدٌ صحيح، وذِكْرُ العشرة الأيام إنما هو شرط يَلْحَقُ به، والشروط الفاسدة لا تَقْدَح في عقد النكاح.

قيل له: قد بيَّنَّا أنَّ التوقيت فيه يقضي وقوع العقد علىٰ المدَّة، وليس هو بمنزلة قوله: تزوَّجْتُكِ علىٰ أن أطلِّقَكِ بعد عشرة أيام، فيجوز النكاح، ويبطُل الشرط؛ لأنَّ هذا عقدٌ واقع علىٰ التأبيد، وشَرَطَ قَطْعَه بالطلاق، فلذلك صحَّ العقد.

مسألة: [نكاح المُحْرِم]

قال: (ولا بأس بنكاح المُحْرِم، ولا يَطَأ).

وذلك لقول الله تعالىٰ: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ﴾[1]، وقوله: ﴿فَٱنكِحُوا۟ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ﴾[2]، وقوله تعالىٰ: ﴿وَأَنكِحُوا۟ ٱلْأَيَٰمَىٰ مِنكُمْ﴾[3]،

---

(١) النساء: ٢٤.

(٢) النساء: ٣.

(٣) النور: ٣٢.

وقـال: ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِيٓ أَنفُسِهِنَّ﴾[١]، وقـال: ﴿حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَآ أَن يَتَرَاجَعَآ﴾[٢].

وعمومُ هذه الآيات يقتضي جواز نكاح المُحْرِم.

ومن جهة السُّنَّة: ما رواه سفيان عن عَمْرو بن دينار قال: أخبرني أبو الشَّعْثاء جابر بن زيد قال: سمعتُ ابنَ عباس يقول: «تزوَّجَ رسولُ الله صلىٰ الله عليه وسلم وهو مُحْرِم.

قال عمرو: فقلتُ لجابر بن زيد: مَن تراها يا أبا الشَّعْثاء؟ قال: ميمونة بنت الحارث، فقال له: إنَّ ابن شهاب أخبرني عن يزيد بن الأَصمِّ أن رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم تزوَّج ميمونةَ وهو حلال.

فقال لي جابر بن زيد: إنها خالةُ ابن عباس، وهو أعلمُ بها، فقلتُ له: وهي خالة يزيد بن الأصم، فقال لي: وأينَ تجعلُ يزيدَ بن الأصم أعرابياً يبول علىٰ عَقِبَيْه إلىٰ ابن عباس»[٣].

فإن قيل: قد روىٰ يزيد بن الأصم أنه تزوَّجها وهو حلال[٤]، فكيف جعلتَ حديثَ ابن عباس أَوْلىٰ؟

---

(١) البقرة: ٢٣٤.

(٢) البقرة: ٢٣٠.

(٣) صحيح البخاري ٧/٥٠٩، ٩/١٦٥، صحيح مسلم ٢/١٠٣١-١٠٣٢، أما القسم الأخير من الحديث: «وأين تجعل يزيد...»، فهي رواية الطحاوي في شرح معاني الآثار ٢/٢٦٩.

(٤) صحيح مسلم ٢/١٠٣٢.

قيل له: من وجوه:

أحدها: أن يزيد بن الأصم لا يَقْرب إلىٰ ابن عباس، ولا يوازَنُ به، كما قال جابر بن زيد.

والثاني: أنَّ مَن أخبر أنه تزوَّجها وهو حلال، إنما أخبر عن ظاهر ما كان عَلِمَه من حاله بَدْءاً، ولم يعلَم بحدوث الإحرام، ومَن قال تزوَّجها وهو حرامٌ، عَلِمَ حدوثَ الإحرام، فكان أَوْلىٰ، ولم يقضِ عليه جهلُ مَن جَهِلَ حدوثَ إحرامه.

وأيضاً: فإن رواية مَن روىٰ أنه تزوَّجها وهو حلال، لا يفيد حُكْماً، ورواية مَن روىٰ أنه تزوَّجها وهو مُحْرِمٌ، قد أفاد حُكماً، وأثبتَ فائدةً، فكان أَوْلىٰ بالقبول.

فإن قيل: قد روي في بعض أخبار يزيد بن الأصم عن ميمونة أنها قالت: تزوَّجني رسولُ الله صلىٰ الله عليه وسلم بسَرِف[1]، ونحن حلالان[2].

قيل له: لا فَرْقَ بين رواية ميمونة وغيرها؛ لأنه يجوز أن يكون لم تعلم بحدوث إحرامه قبل ذلك[3].

---

(١) موضع علىٰ ستة أميال من مكة، كما في معجم البلدان ٢١٢/٣، وهو معروف الآن في مدخل مكة من جهة المدينة المنورة.

(٢) صحيح مسلم ١٠٣٢/٢، سنن أبي داود ٤٢٣/٢.

(٣) وقد جاء في صحيح البخاري ٥٠٩/٧ عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: «تزوج رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم ميمونة وهو محرم، وبنىٰ بها وهو حلال، وماتت بسَرِف».

فإن قيل: روىٰ نُبَيْه بن وهب عن أَبَان بن عثمان بن عفَّان قال: لا يَنْكِحُ الحَرَامُ ولا يُنْكَح، ولا يَخطُب»[١].

قيل له: حقيقةُ النكاح في اللغة هو الوطء، فهو محمول عليها، كأنه قال: لا يطَأ، ولا يُوطَىء، يعني لا يُمَكَّن من الوطء.

ومن جهة النظر: إن الإحرام معنىٰ عارض في معنىٰ الوطء، فأشبه النِّفاس والحيض، يمنعان الوطء، ولا يمنعان العقد.

وأيضاً: كما جاز له أن يراجِع امرأتَه وهو مُحْرِم، جاز له أن يتزوَّج، والعلَّة الجامعة بينهما أن الرجعة لاستباحة الوطء كالعقد.

فإن قيل: لمَّا كان[٢] ممنوعاً من الاستمتاع، مَنَعَ العقد، كذوات المحارم.

قيل له: الأجنبيُّ ممنوع من الاستمتاع بالأجنبية، ولا يمنَعُ العقدَ عليها.

وأيضاً: المُحْرِم ممنوع من الاستمتاع بالطِّيْب، ولا يمنع العقدَ عليه في حال الإحرام، والصومُ والصلاةُ يمنعان الاستمتاع، ولا يمنعان العقد، لو زوَّجها وكيلُه وهو في الصلاة: جاز.

فإن قيل: لمَّا كان ممنوعاً من الطِّيب، وَجَبَ أن يُمنعَ العقد، كالمعتَدَّة لمَّا كانت ممنوعةً من الطيب، مُنِعَتْ عقدَ النكاح.

قيل له: هذه علَّة منتَقِضة؛ لأن المعتَدَّة من تطليقةٍ ثانية ممنوعةٌ من

(١) صحيح مسلم ٢/ ١٠٣٠ بلفظ: (لا ينكح المحرم).

(٢) أي المُحرِم.

الطِّيب، ويجوز لها أن تعقدَ علىٰ نفسها عقدَ نكاح لزوجها الذي طلَّقَها، مع كونها ممنوعةً من الطيب: يدلُّ علىٰ فساد اعتلالك.

مسألة: [فسخ عقد النكاح إذا كان بأحد الزوجين عيب]

(ولا يُفسَخُ النكاحُ بعيبٍ في المرأة في قول أصحابنا جميعاً).

وروي نحوه عن علي[1] رضي الله عنه.

وروي عن عمر رضي الله عنه أنه قال[2]: «يُرَدُّ من أربع: الجنون، والجُذَام[3]، والبَرَص[4]، والرَّتَق[5] فيما أحسب».

والحجة لقولنا: أن المعقود عليه من جهة المرأة هو التسليم، وهو موجودٌ مع هذه العيوب، والدليل علىٰ صحة ذلك: جواز نكاح المجبوب، مع عدم الوطء رأساً، وفسادُ نكاح ذوات المحَارِم، لأجل عدم التسليم.

فلمَّا كان التسليم موجوداً من جهتها مع العيوب التي ذكرناها، لم يكن له خيارُ فسخ العقد مع وجود ما تعلَّقت به صحة العقد.

---

(١) المحلىٰ ١٠/١١٠، الجوهر النقي ٧/٢١٥، وقد روي عنه وعن عمر رضي الله عنهما غير ذلك، كما في المحلىٰ.

(٢) سنن البيهقي ٧/٢١٥، المحلىٰ ١٠/١٠٩.

(٣) الجذام هو: تشقق الجلد، وتقطع اللحم وتساقطه، كما في المغرب ١/١٣٧ نسأل الله تعالىٰ العافية من الأمراض كلها الحسِّية والمعنوية.

(٤) البرص: هو البياض في ظاهر الجلد، المغرب ٢/٤٧.

(٥) امرأة رتقاء: إذا لم يكن لها خَرْق إلا المبَال، كما في المغرب ١/٣٢٠.

وأيضاً: قد اتفقوا[١] علىٰ أنها لا تُردُّ من الشَّمَط[٢]، والبَخَر[٣] ونحوهما، فكذلك ما وصفنا.

* وأما إذا كان ذلك بالرجل: فلا خيار لها أيضاً، إلا فيما يمنع الوطء، مثل العُنَّة، والجَبِّ في قول أبي حنيفة وأبي يوسف.

وقال محمد: إذا كان به داءٌ لا يمكنها المُقَام معه، مثل الجُذَام ونحوه: خُيِّرت.

وجه قول أبي حنيفة رحمه الله: أنَّ المعنىٰ المستَحَقّ من جهة الرجل، هو تصحيح المهر لها، وهو موجود بوطئه إيَّاها، ولا اعتبار بسائر العيوب معه، وذلك لأن البَرَصَ والجُذَام ونحوهما إنما هو شيءٌ تكرهه النَّفْس، ويَنْفر منه الطبع، كما تَكْرَهُه إذا كان قبيحَ المَنْظَر، سَيِّءَ الصورة، ومع ذلك لا يجب به خيارٌ في فسخ العقد من أجل ذلك.

قال أحمد: وليس وجوبُ خيار امرأة العِنِّيْن والمَجْبُوب متعلِّقاً بعدم الوطء، وإنما وَجَبَ لأن عقد النكاح يقتضي تسليمَ كلِّ واحدٍ مِن البَدَلَيْن اللَّذَيْن تناوَلَهُما عقدُ النكاح الذي وَقَعَ له.

فكما استحقَّ الزوجُ عليها أن تسلِّم نفسَها تسليماً صحيحاً، استحقَّت هي عليه تصحيحَ البدل لها، وهو المهر، وهي لا تستحقه استحقاقاً صحيحاً إلا بالوطء؛ لأن الخَلْوَةَ وإن كانت عندنا تمنع سقوطَ شيءٍ منه

---

(١) لكن في بداية المجتهد ٢/٥١، والمغني ٧/٥٨٢ خلاف في البَخَر.

(٢) الشَّمَط بفتحتين: بياض شعر الرأس، يخالط سواده، كما في مختار الصحاح (شمط).

(٣) البخر بفتحتين: نتن الفم، مختار الصحاح (بخر).

بالطلاق بعدَها، فإن مِن الناس مَن لا يرىٰ استحقاق كمال المهر بالخلوة إذا وُجِدَ الطلاق بعدها، فلا بأس أن ترفعَ إلىٰ قاضٍ لا يرىٰ استحقاق المهر بالخلوة، فلا يوجب لها كمال المهر، فلمَّا كان كذلك: وَجَبَ لها الخيار في فسخ العقد، إذْ لم يسلِّم لها بَدَلَ ما تعلَّقت به صحة العقد مِن جهتها.

والدليل علىٰ صحة ما قلنا: أنه لو وَطِئَها مرةً، ثم جُبَّ: لم يكن لها خيار فسخ العقد.

مسألة : [أثرُ قَتْل الحُرَّة نفسَها قبلَ الدخول]

قال : (وإذا قَتَلَتِ الحرَّةُ نفسَها قبل الدخول: فالصَّداق كلُّه واجبٌ لوَرَثَتِها).

وذلك لأنها في حال ما صارت مانعةً من البُضْع بالموت، كان المهر لغيرها، وهم الورثة، فصار قتلُها نفسَها، وقتلُ أجنبيٍ لها سواء، في أنه لا يَسقطُ شيءٌ من مهرها، إذ كان الموت بمنزلة الدخول في استحقاق كمال المهر.

* **قال :** (ولو كانت أَمَةً، فقتَلَها مولاها قبل الدخول: لم يكن لها مهرٌ في قول أبي حنيفة).

لأن الذي له المهر، وهو المولىٰ مَنَعَ البُضْعَ، فصار كردَّة المرأة قبل الدخول، أنه يَسقطُ مهرُها، وليست كالحرَّة، لِمَا وصفنا، أن المانع من البُضْع غير الذي استحق المهر.

قال أحمد : وقد حكىٰ هشامٌ عن محمد عن أبي حنيفة في الأَمَة إذا قتَلَتْ نفسَها، أنَّ مهرَها يَسقُط.

ووجه ذلك: أن جنايتَها تلزم المولىٰ في باب استحقاق رقبتها لها لو

كانت علىٰ أجنبي، فلم يختلف من أجل ذلك قتلُها نفسَها، وقتلُ مولاها إيَّاها.

وأما في قول أبي يوسف ومحمد: فالمهرُ في الأَمَة للمولىٰ؛ لأن الموت علىٰ أيِّ وجهٍ وُجِدَ: كان بمنزلة الدخول.

مسألة: [حقُّ الأَمَة في فسخ نكاحها إذا أُعتقت]

قال: (وإذا أُعْتِقَت الأَمَة، ولها زوج: فلها الخيار في فسخ النكاح، حُرّاً كان زوجُها أو عبداً).

وذلك لما حدثنا محمد بن بكر قال: حدثنا أبو داود قال: حدثنا محمد بن كثير قال: حدثنا سفيان الثوري عن منصور عن إبراهيم عن الأسود عن عائشة «أنَّ زوجَ بَرِيرَة كان حُرّاً حين أُعْتِقَت، فخَيَّرها رسولُ الله صلىٰ الله عليه وسلم»[1].

وروىٰ عبَّاد بن العوَّام قال: حدثنا سعيد عن أبي مَعْشر عن إبراهيم عن الأسود قال: سألتُ عائشةَ عن زوجِ بَرِيرَة فقالت: كان حُرّاً[2].

فإن قيل: روىٰ عكرمة عن ابن عباس «أنَّ زوجَ بريرة كان عَبْداً»[3].

وروىٰ عروة عن عائشة رضي الله عنها «أنَّ زوجَ بريرة كان عبداً، ولو

---

(١) سنن أبي داود ٢/٦٧٢ وسكت عنه، سنن الترمذي ٣/٤٦١ وقال: حسن صحيح، سنن النسائي ٦/١٦٣.

(٢) رواه النسائي في كتاب الكنىٰ، كما في نصب الراية ٣/٢٠٥.

(٣) صحيح البخاري ٩/٤٠٦.

كان حُرًّا لما خَيَّرها رسولُ الله صلىٰ الله عليه وسلم»[١].

قيل له: لم تختلف الرواية أنَّ زوج بريرة كان عبداً في وقتٍ، وإنما يُحتاج إلىٰ معرفة حاله عند عِتقِ بَرِيْرَة، ففي أخبارنا تاريخُ حرِّيَّة زوج بريرة، وليس في خبرهم ذكرُ تاريخها، فكان خبرنا أَوْلىٰ؛ لأن مَن قال: كان عبداً، إنما أخبر عمَّا كانت عليه حالُه بَدْءاً، ومَن قال: كان حُرًّا حين أُعْتِقَت، فقد وَقَّت، فهو أَوْلىٰ.

وأيضاً: لو تساوىٰ الخبران في الاحتمال، كان خبر الحرِّيَّة أَوْلىٰ، من قِبَل أن المُخْبِر بالحرية، أخبرَ عن حال عَلِمَ حدوثَها بعد الرِّق، ومَن أخبر بالرِّقِّ، فإنما أخبر عمَّا عَهِدَه من حاله بَدْءاً، ولم يعلم حدوث الحرية، فلا يقضي علىٰ خبر مَن عَلِمَ حدوثها.

ألا ترىٰ أنَّ شاهدَيْن لو شَهِدَا أن هذا عبدُ زيدٍ، وشَهِدَ آخرَان أنَّ زيداً أَعْتَقَه: أنَّ شهادة العتق أَوْلىٰ.

وأما ما روي في خبر عروة عن عائشة أنَّ زوج بريرة كان عبداً، فلا ينافي خبرَ الأسود عنها؛ لأن الأسودَ أخبر عن تاريخ الحرية، وعروة أخبر عن عُبُودَةٍ متقدِّمةٍ للحرية، فلا يتعارضان.

وأما قوله: «ولو كان حُرًّا ما خيَّرها رسولُ الله صلىٰ الله عليه وسلم»: فإنَّا لا ندري مَن القائلُ لذلك، ويجوز أن يكون قائلُه عروة[٢]، ومَن دونه، إذ ليس في اللفظ دلالة علىٰ أنه مِن قول عائشة، إذ قد وَجَدْنَا الرواةَ

---

(١) صحيح مسلم ٢/١١٤٢.

(٢) كما صرَّح النسائي ٦/١٦٥ في رواية أنه كان عبداً، وقد بيَّن الزيلعي في نصب الراية ٣/٢٠٧ أنه من كلام عروة قطعاً.

يُسْنِدُون الحديثَ إلىٰ غيرهم، ثم يَقْطَعُون عليه كلامَهم، ويُدْرِجونه في الخَبر، فإذاً لم يثبت أنَّ قولَه: «ولو كان حُرًّاً ما خيَّرَها رسولُ الله صلىٰ الله عليه وسلم»: من قول عائشة.

وعلىٰ أنه لو ثَبَتَ ذلك عن عائشة: لم ينافِ ما قلنا، إذ لا يمتنع أنْ تكون عائشة قد كانت عَلِمَتْ رِقَّ زوج بريرة، فأَخْبَرَتْ بذلك عمَّا كانت عَلِمَتْه، وكان عندها أنَّ المعنىٰ الموجِب لخيارها عند العتق كون زوجها عبداً، ثم ثَبَتَ عندها أنه كان قد أُعْتِقَ قبلَ ذلك، فأخبرت عن صحَّة علمِها بحدوث حريته قبل عتق بريرة، وليس يَسُوغ [ردٌّ][1] مثل هذا التأويل لمخالفنا؛ لأن الحرِّيَّة الثابتة لا يَطْرَأ عليها رِقٌّ في دار الإسلام، وتطرأ الحرِّيَّة علىٰ الرِّق[2].

فإن قيل: روىٰ القاسم بن محمد عن عائشة رضي الله عنها «أنَّ بَرِيْرَةَ كانت تحت عبدٍ، فلما أُعْتِقَت، قال رسولُ الله صلىٰ الله عليه وسلم: إن شئتِ تَمْكُثِينَ تحت هذا العبد، وإن شئتِ فارِقِيه»[3].

فأخبرَتْ عائشة أنها كانت تحت عبدٍ، ثم أخبرَتْ أنَّ النبيَّ صلىٰ الله عليه وسلم قال لها بعد عِتْقها: إن شئتِ تَمْكُثِين تحتَ هذا العبد، فسمَّاه

---

(١) ساقطة من الأصل، ويقتضيها المعنىٰ، والله أعلم.

(٢) في الأصل: (ويطرأ الرق علىٰ الحرية)، وهي سبق قلم، والله أعلم، والتصويب يقتضيه السياق، وقد جاء النص صحيحاً في اعتراض أورده الماوردي في الحاوي (رسالة دكتوراة، كتاب النكاح) ١٣٠٢/٤، وقريب منه في شرح معاني الآثار ٨٣/٣.

(٣) سنن البيهقي ٢٢٠/٧، وبيّن ابن التركماني في الجوهر النقي أنَّ أحد رواته ضعيف.

عبداً بعد عتقها، وهذا القول من النبي صلىٰ الله عليه وسلم لم يعارِضْه شيء، فهو أَوْلىٰ من جميع ما رُوي فيه من حريته عند عِتقها، إذ ليس في جميع ما رويتموه لفظٌ من النبي صلىٰ الله عليه وسلم يوجب أن يكون حراً في وقت عِتقها.

قيل له: أما قولُ عائشة أنها كانت تحت عبدٍ، فليس فيه دلالةٌ علىٰ موضع الخلاف بيننا؛ لأنا نقول إنها قد كانت تحتَ عَبْدٍ، والخلاف في وقت وقوع عتقها.

وقد رواه الأسود علىٰ الوجه الذي ذكرنا بحيث لا يحتمل تأويلاً.

وأما قولُ النبي صلىٰ الله عليه وسلم: «إن شئتِ تَمكُثِين تحتَ العبد»: فإنما هو كأمره صلىٰ الله عليه وسلم بلالاً حين أَذَّن قبل طلوع الفجر، يَرْجِعُ فينادي: أَلا إنَّ العبدَ نام»[1]، وقد كان بلالٌ حراً في ذلك الوقت.

وكما قال عليٌّ رضي الله عنه لشُرَيْح: «ما تقول أيُّها العبدُ الأَبْظَر في قضيَّةٍ قضىٰ بها»[2]. وشريح كان حُرَّاً في ذلك الوقت، وإنما سمَّاه بذلك؛ لأنه قد كان جرَىٰ عليه رِقٌّ في الجاهلية.

وكما قال الله تعالىٰ: ﴿وَءَاتُوا۟ ٱلْيَتَٰمَىٰٓ أَمْوَٰلَهُمْ﴾[3]، ولا يُؤتَوْنها في حال اليُتْم، وسمَّاهم يَتامىٰ لقُرْب عهدهم باليُتْم.

---

(١) تقدم.

(٢) تقدم.

(٣) النساء: ٢.

وقال النبي صلىٰ الله عليه وسلم: «اليَتِيْمَةُ تُستَأْمَرُ في نفسها»[(١)]، ومعلوم أنَّها لا تُستَأْمَرُ وهي صغيرة.

فعلىٰ هذا المعنىٰ أَجْرَىٰ النبيُّ صلىٰ الله عليه وسلم لفظَ العبودية علىٰ زوج بَرِيْرَةَ إن صحَّ الخبر.

وأيضاً: لو صحَّ أنه كان عبداً حين أُعْتِقَت، كانت دلالة قائمة علىٰ وجوب الخيار إذا أُعْتِقَتْ وهو حُرٌّ؛ لأن ذلك حُكْمٌ وَقَعَ في شخصٍ بحدوثِ معنىٰ، وهو العتق، وهو موجود مع كون الزوج حُراً[(٢)]، فالواجب أن لا يختلفا حتىٰ تقوم الدلالة علىٰ أنَّ هناك معنًى آخر، وهو شرط مع العتق في إيجاب الخيار؛ لأن كلَّ حُكْمٍ حَكَمَ به النبيُّ صلىٰ الله عليه وسلم في شخصٍ بحدوث معنىٰ، فكذلك الحُكْمُ لازم في سائر الأشخاص، إلا أن تقومَ الدلالة علىٰ وجوب الاقتصار به علىٰ بعضٍ دون بعض.

ألا ترىٰ «أنَّ النبيَّ صلىٰ الله عليه وسلم لَمَّا حَكَمَ في فأرةٍ ماتَتْ في سَمْنٍ: إنْ كان مائعاً بالإراقة، وإن كان جامداً بإلقائها وما حَوْلَها»[(٣)]، علَّقْنَا

---

(١) تقدم.

(٢) أي أنه كان عبداً قبل حريته، والله أعلم.

(٣) رواه البخاري في صحيحه ١/٣٤٣، ولكن بدون تفصيل بين المائع والجامد، بلفظ: «فقال: ألقوها، وما حولها فاطرحوه، وكلوا سمنكم»، لكن التفصيل بين الجامد والمائع رواه أبو داود في سننه ١/١٨١، وفي سنن الترمذي ٤/٢٥٧ وقال: حديث غير محفوظ، ونقل عن شيخه الإمام البخاري تخطئة هذه الرواية، ومثله في فتح الباري ١/٣٤٤ ، وقد رواه ابن حبان في صحيحه (موارد الظمآن) ص٣٣١ (١٣٦٤).

به حُكْمَ الزيت إذا مات فيه عصفور.

وأنه لَمَّا «حكَمَ في ماعِزٍ بالرَّجْم حين زَنَىٰ وهو مُحْصَن»[١]، كان ذلك حُكْماً لازماً في غيره إذا وُجِدَ فيه مثل ذلك.

وأيضاً: فلمَّا ثبت لها[٢] إذْ أُعْتِقَتْ، وزَوْجُها عَبْد، كذلك حُكْمُها إذا كان زوجُها حراً، والعلَّة الجامعة بينهما، أنها أُعْتِقَتْ وهي تحت زوج.

فإن قيل: المعنىٰ في العبد أنه غير كفؤ.

قيل له: لا يعارِضُ ذلك اعتلالَنا؛ لأنك تصيِّبه لإيجاب الخيار، وكذلك اعتلالنا، فكيف يتعارضان وهما يوجبان حُكْماً واحداً؟ لأن اعتلالنا أعمُّ في إيجاب الحكم، ولم يَرِدْ عليه ما يعارضه.

وعلىٰ أن مَن اعتبر الكفاءة، فإنما يعتبرها في حال العقد، فلا اعتبار بزوال الكفاءة بعد العقد.

وأيضاً: روي «أنَّ النبي صلىٰ الله عليه وسلم قال لبَرِيرَة حين أُعْتِقَت: مَلَكْتِ بُضْعَكِ، فاختاري»[٣].

فجَعَلَ العلة الموجبة لخيارها أنها مَلَكَتْ بُضْعَها، وهي موجودة في حال كون زوجها حراً، وكلُّ علةٍ عارضوا بها هذه العلَّة فهي ساقطة، وعلَّتُنا أَوْلىٰ؛ لأنها منصوص عليها، واعتلالُهم مستَنْبَط، ولا يعارَضُ

---

(١) صحيح البخاري ١٢/١٣٥.

(٢) أي الخيار.

(٣) سنن الدارقطني ٣/٢٩٠، طبقات ابن سعد ٨/٢٥٩ قال ابن حجر في الدراية ٢/٦٤ عن طريق ابن سعد: إنه من مرسل الشعبي، وأن الدارقطني وصله، ومثله في التلخيص الحبير ٣/١٧٧.

النصُّ بالاستنباط.

وأيضاً: إنها لمَّا لم تملِكْ بَدَلَ بُضْعِها بعقد النكـاح، وَجَـبَ أن يكـون لها الخيار، كهي إذا كان زوجها عبداً، ألا ترىٰ أنَّ العقد لما أوجب للمرأة الوطء مِن جهة الزوج إذا كان مجبوباً، وكان الوطء مِن قِبَلـه معـدوماً، أنَّ لها الخيار، كذلك إذا عدمت ملك المهر بالعقد.

فإن قيل: فالمكاتَبَة قد مَلَكَتْ بُضْعَها بالعقد إذا تزوَّجَتْ بإذن المولىٰ، فينبغي أن لا يكون لها خيار في فسخ النكاح بعد العتق.

قيل له: إنما علَّلْنَا المسألةَ بأنها لم تَمْلِك بدلَ بُضْعِها، فلم تلزم عِلَّتـها مَن مَلَكَتْ بُضْعَها، إذ لا يمتنع أن يتَّفِقَ الحُكْمُ مع اختلاف العلَّتَيْن.

وأيضاً: فإن المكاتبَة لم تملِكْ بَدَلَ بُضْعِها بعقد النكاح، وإنمـا مَلَكَتْـه بمعنىٰ آخر، وهو عقدُ الكتابة، فعِلَّة إيجاب الخيار موجودة.

فإن قيل: روىٰ القاسم عن عائشة قالت: «كـان عنـدي غـلامٌ وجاريـةٌ زَوْجٌ، فأردْتُ أن أُعتِقَهما، فقال النبيُّ صلىٰ الله عليه وسلم: ابْدَئِي بالرَّجُلِ قبل المرأة»[1].

وهذا يدل علىٰ أنه إنما أَمَرَها بأن تبدأ بالرَّجُل؛ لأنـه لـو بـدأت بهـا، لوجَبَ لها الخيار إذا كان زوجُها عبداً، وإذا بدأت به: لم يكن له الخيـار؛

---

(١) سنن النسائي ٦/١٦١، سنن الدارقطني ٣/٢٨٨، المستدرك للحاكم ٢/٢٠٦ وقال: صحيح علىٰ شرط الشيخين، ولم يخرجاه، وتعقبه الذهبي في التلخيص فقال: عبيد الله هذا اختلف في توثيقه، ولم يخرجاه، اهـ. وقال ابن حزم في المحلىٰ ١٠/١٥٥: خبر لا يصح، وأخرجه ابن حبان في صحيحه (موارد الظمآن) ص٢٩٤ (١٢١٠).

لأنه حُرٌّ، إذْ لو لم يثبت هذا المعنىٰ، لَمَا كـان في أمـره بالابتـداء بالرَّجُـل فائدة.

قيل له: وأيُّ غرضٍ للنبي صلىٰ الله عليه وسلم في التوصُّلِ إلىٰ إسقاط خيارها، حتىٰ يُحمل معنىٰ الخبر عليه.

وعلىٰ أنه لو كان المقصد فيه ما قلتَ، لقال لها: أَعْتِقِيهما معاً، وكـان لا يجب لها الخيار علىٰ قولك.

فإن قيل: فما الفائدة؟

قيل لـه: يحتمـل أن يكـون أراد أنَّ فـضيلةَ الرَّجُـلِ في الابتـداء علـىٰ المرأة، اقتداءً بقول الله تعالىٰ: ﴿وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ﴾[1].

مسألة : [حقُّ المكاتَبَة في فسخ نكاحها إذا أُعتقت]

قال : (وإذا أُعْتِقَت المكاتَبَة، وقد كان مولاها زوَّجَها بأمرها في حـال كتابتها: فإنَّ لها الخيار في ذلك، كخيار الأمة سواء).

وذلك لما بيَّنَّا من أنها مَلَكَتْ بُضْعَهَا بالعتق.

وإن شئتَ قلتَ: لأنَّ بَدَلَ البُضْع لم يحصل لها بعقـد النكـاح، وإنمـا حَصَلَ لها بغيره، فكانت كالأمة غير المكاتَبَة.

* * * * *

(١) البقرة: ٢٢٨.

باب أَجَل العِنِّيْن

مسألة : [أجل العِنِّين]

قال : (وإذا ادَّعت المرأةُ أنها لا يَصِلُ إليها، وصدَّقها الرَّجل بذلك، وطَلَبَت الواجبَ لها فيه: فإنه يؤجَّل حولاً، فإن وَصَلَ إليها، كانت زوجتُه علىٰ حالها، وإن لم يَصِلْ إليها: خُيِّرت بين المُقَام معه، وبين فِرَاقه).

قال أحمد : رُوي تأجيل العِنِّين سنةً عن علي، وعمر، والمغيرة بن شعبة، وعامَّة التابعين[1]، وذلك من يوم رَافَعَتْه.

ويروىٰ عن الحارث بن أبي ربيعة عشرة أشهر[2]، وروي نحوه عن إبراهيم النخعي[3] ولا نعلم خلافاً[4] عن السلف في تأجيل العنِّين، وأن عَجْزَه عن الوطء في المدة، يوجب للمرأة الخيار في فِراقه.

وإنما اختلفوا في مقدار مدَّة التأجيل علىٰ ما بيَّنَّا.

فإن قال قائل: روىٰ الزهري عن عروة عن عائشة قالت: «جاءت امرأةُ

(١) مصنف عبد الرزاق ٦/٢٥٣، مصنف ابن أبي شيبة ٤/٢٠٦، سنن البيهقي ٧/٢٢٦، نصب الراية ٣/٢٥٤.

(٢) مصنف ابن أبي شيبة ٤/٢٠٦.

(٣) لكن في مصنف عبد الرزاق ٦/٢٥٤ عن إبراهيم أنه يؤجل سنة ومثله في البيهقي ٧/٢٢٦.

(٤) المغني لابن قدامة ٧/٦٠٣.

رِفَاعة القُرَظِي إلىٰ رسولِ الله صلىٰ الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله! كنتُ عند رفاعة القُرَظي، فتزوَّجْتُ عبدَ الرحمن بن الزبير، وإنما معه مثلُ هُدْبَةَ الثَّوْبَ[١]، فتبسَّمَ رسولُ الله صلىٰ الله عليه وسلم، وقال: تَرْتَدِّين إلىٰ رفاعة؟ لا حتىٰ تذوقِي من عُسَيْلَته، ويذوقَ من عُسَيْلَتِك»[٢].

ورواه مالك عن المِسْوَر بن رِفَاعة عن الزبير بن عبد الرحمن بن الزبير أنَّ رفاعةَ بنَ سَمَوْءَل طلَّقَ امرأتَه في عهد رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم ثلاثاً، فنَكَحَها عبدُ الرحمن بن الزبير، فاعترَضَ عنها، فلم يستَطِعْ أن يَغْشَاها، ففارَقَها، فأراد رِفاعة أن يَنْكِحَها، وهو زوجُها الأول، فقال النبيُّ صلىٰ الله عليه وسلم: «لا يَحِلُّ لكِ حتىٰ تذوقِي العُسَيْلَة»[٣].

ولم يؤجِّل النبيُّ صلىٰ الله عليه وسلم عبدَ الرحمن بنَ الزبير، ولو كان ذلك حُكْماً لأَخْبَرَها النبيُّ صلىٰ الله عليه وسلم بما لها من الحق في تأجيله، وإثبات الخيار لها عن عَجْزِه عن الوصول إليها.

قيل له: أمَّا حديث مالك هذا، ففيه أنه فارَقَها.

وهذا الحديث في سنن ابن قانع، وقد روىٰ لنا أنه كان وَصَلَ إليها مرة.

حدثنا عبد الباقي بن قانع قال: حدثنا يحيىٰ بن محمد البَخْتَرِي قال:

---

(١) أي طرف الثوب الذي لم يُنسَج، مأخوذ من: هدب العين، وهو شعر الجفن، وأرادت أن ذَكَره يشبه الهدبة في الاسترخاء، وعدم الانتشار، كما في فتح الباري ٩/٤٦٥.

(٢) صحيح البخاري ٥/٢٤٩، صحيح مسلم ٢/١٠٥٥.

(٣) موطأ مالك ٢/٥٣١.

حدثنا هُدْبَة بن خالد قال: حدثنا وهب عن هشام عن عروة عن أبيه عن عائشة «أنَّ امرأة رِفَاعة جاءتْ إلىٰ النبيِّ صلىٰ الله عليه وسلم، وذَكَرَ الحديث إلىٰ قوله: فلا تَحِلِّيْنَ له حتىٰ يذوقَ من عُسَيْلَتِك، وتذوقي من عُسَيْلَتِه، فقالتْ: يا رسول الله! قد جاء هَنَةً[1] واحدة.

قال هشام: مرةً واحدة»[2].

ففي هذا الحديث أنه قد كان وَصَلَ إليها مرةً واحدة، وكذلك قولنا فيمَن وَصَلَ إلىٰ امرأته مرةً واحدة، ثم عَجَز عن وطئها: أنه لا خيار لها.

قال أحمد: وإنما لم تُخَيَّرِ المرأةُ في بَدْءِ ما تَصادَقَا أنه لم يَصِلْ إليها، مِن قِبَل أنه قد يَعْجز عن الوصول إليها لعلَّة عارِضَة، لا لعَيْبٍ في العُضْو، وهذا المعنىٰ لا يَعْلَمُه من نفسه، وإنما يَعْلَمُه باستبراء حالِه في فُصُول السَّنَةِ الأربعة، فإن كان لعلَّة عَارِضة، فتُسْتَرْجَعُ في بعض مُدَّةِ الفُصُول، أو تَخِفُّ، وإن كان عيباً في العُضْو لم ترتَفِع، فلذلك احتَجْنَا فيه إلىٰ التأجيل لاستبراء حاله علىٰ الوصف الذي ذَكَرْنَا.

ولا معنىٰ لاعتبار العشرة الأشهر؛ لأن المعنىٰ إذا كان في التأجيل ما وَصَفْنَا، لم يتبيَّن حالُه إلا بمضيِّ فصول السَّنَة.

وأيضاً: فإنا لم نَجِدِ العشرة الأشهر يتعلَّقُ فيها حُكْمٌ في الأُصول، وقد يتعلَّق بالحَوْل مثل الزكاة واللُّقَطَة.

---

(١) «بفتح الهاء، وتخفيف النون، قال ابن التين: معناه: لم يطأني إلا مرة واحدة» كما في فتح الباري ٩/٣٧٣ وحكىٰ ابن حجر رواية أخرىٰ فيها أنها بالباء المشددة، والمعنىٰ واحد.

(٢) صحيح البخاري ٩/٣٧١.

فصل : [خيار زوجةِ العِنِّين بالرضا أو الفراق]

قال أبو جعفر : (فإن اختارَتِ المُقَام معه: كانت زوجتُه علىٰ حالها، ولم يكُنْ لها خيارٌ بعدَ ذلك، وإن اختارت فِرَاقَه: فُرِّقَ بينهما، وكانت تطليقةً بائنة).

وذلك أنَّ عَجْزَه عن الوصول إليها في المُدَّة، بمنزلة عيبٍ يَجِدُه المشتري بالمَبيع، فيكون له الخيار في فَسْخ البيع فيه، فإن رضي به: لم يكن له بعد ذلك الردُّ، كذلك المرأة إذا اختارت المُقَامَ معه، ورَضِيَتْ به: لم يكن لها بعد ذلك أن تفسخ النكاح.

والمعنىٰ في ثبوت خيارها هو الفُرقة: أنها لمَّا مَلَكَ عليها بُضْعَها، وَجَبَ أن تملِكَ هي المهر، وتستَحِقَّه استحقاقاً صحيحاً، ولا يحصُلُ ذلك لها إلا بالوطء؛ لأن من الناس مَن لا يرىٰ إيجاب كمالِ المهر مع الخلوة إذا طَلَّق قبل الدخول.

* وإنما كانت تطليقةً بائنةً، أما البينونة فلأنا لو جَعَلْنَاها رَجعية، لكان له أن يراجِعَها، فيبطلُ حقها في الفرقة، وقد بيَّنَّا أنَّ لها حقَّ التفريق.

وإنما كان طلاقاً؛ لأن سبَبَها من قِبَل الزوج، بمعنىٰ يختصُّ بعقد النكاح؛ لأن ذلك صفة الطلاق.

[مسألة : ادِّعَاء العنين أنه وَصَلَ إليها]

(وإن ادَّعىٰ أنه وَصَلَ إليها[1]، وكانت بِكْراً: رُجِعَ إلىٰ قول النساء فيه).

وذلك لأن كلَّ معنىٰ لا يَطَّلِعُ عليه الرِّجال كالولادة، قُبِلت فيه شهادة

---

(١) وأنكرت هي ذلك. كما هو في مختصر الطحاوي ص١٨٣.

النساء، لتعذُّر حصول الرجال.

* **قال**: (فإن قلن: هي بِكْرٌ علىٰ حالها: خُيِّرت).

لما وَصَفْنا من ثبوت عَجْزه عن الوصول إليها في المدة، وكون العُضْو مَعِيْبَاً بذلك.

* **قال**: (وإن كانت ثيِّباً في الأصل: فالقولُ قولُ الزوج مع يمينه، أنه قد وَصَلَ إليها في المدة).

لأن المرأة تدَّعي أنه معيبٌ بذلك، فهي كالمشتري إذا ادَّعىٰ عيباً باطناً لعبدٍ، مثلَ الإباق والسَّرَق ونحوه، فالقول قول البيِّع أنه غير معيب بذلك، وذلك لأن المشتري يدَّعي ثبوت الخيار في الفسخ بمعنىٰ لا نعلمه، فلا يُصَدَّق إلا ببيِّنَة، كما لو ادَّعىٰ شَرْطَ الخيار ثلاثاً لم يُصدَّق.

كذلك المرأة في مسألتنا مدَّعيةٌ لثبوت حقِّ الفسخ لسببٍ لا نعلمه، فلا تُصدَّق.

* **قال**: (ووصولُه إلىٰ امرأةٍ أخرىٰ لا يُبْطِلُ حقَّ هذه المرأة إذا لم يَصِلْ إليها).

مِن قِبَل أنَّ وُصولَه إلىٰ غيرها لا يوفِّيها حقَّها، إنما يجب لها.

مسألة: [خيار زوجة المجبوب]

قال: (لو وجدَتْه مجبوباً[1]: كان لها الخيار في الفُرْقَة، ولا يؤجَّل).

وذلك لأن العيب قد صِحَّ، فلا معنىٰ للتأجيل، لأن تأجيلَ العِنِّين

---

(١) الجَبُّ: القطع، ومنه المجبوب: الخصي الذي استؤصل ذكره وخصياه، كما في المغرب ١/١٢٩.

إنما هو لاستبراء حاله، هل هو عيبٌ أم لا؟.

مسألة : [التفريق للعُنَّة بعد الخَلْوة]

قال : (وإذا فُرِّقَ بين العِنِّين وبين امرأته بعد الخَلْوة: فلها الصَّدَاق كاملاً، وعليها العِدَّة).

قال أحمد : وروي هذا القول عن علي، وعمر، وزيد بن ثابت، قالوا[1]: إذا أغلق باباً، وأرخىٰ سِتْراً: فقد وَجَبَ المهر، ووجبت العِدَّة والصَّدَاق، دَخَلَ بها، أو لم يدخل.

وقال الحسن[2]: قال المسلمون: إذا أغلق باباً، وأرخىٰ سِتْراً فقد وَجَبَ المهر، ووجبت العِدَّة ولو لم[3] يجامِعْها.

والحجَّةُ للقول الأول[4]: قولُ الله تعالىٰ: ﴿وَإِنْ أَرَدتُّمُ ٱسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَءَاتَيْتُمْ إِحْدَىٰهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا۟ مِنْهُ شَيْـًٔا ۚ أَتَأْخُذُونَهُۥ بُهْتَـٰنًا وَإِثْمًا مُّبِينًا ﴿٢٠﴾ وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُۥ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ﴾[5].

وهذه الآية تدلُّ من وجهين علىٰ ما قلنا:

---

(١) مصنف ابن أبي شيبة ٤/٢٠٨-٢٠٩، سنن البيهقي ٧/٢٥٥، وصححه ابن حزم في المحلىٰ ٩/٤٨٣ عن عمر رضي الله عنه.

(٢) أي البصري، والله أعلم، ولم أهتد إلىٰ تخريج قوله.

(٣) في الأصل: (ما لم).

(٤) لم يذكر قبل هذا قولاً آخر، ولعله يريد بالقول الثاني ما سيحكيه عن ابن عباس وابن مسعود رضي الله عنهم، والله أعلم.

(٥) النساء: ٢٠-٢١.

أحدُهما: قولُه: ﴿فَلَا تَأْخُذُواْ مِنْهُ شَيْـًٔا﴾، وعمومُه يقتضي منعَ الأخذ في سائر الأحوال، إلا أن تقوم الدلالةُ علىٰ خصوصِ شيءٍ منه.

والوجه الآخر: قولُه تعالىٰ: ﴿وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُۥ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ﴾.

قال الفَرَّاء في كتابه معاني القرآن[1]: «الإفضاء هو الخلوة وإن لم يجامِعْها»، والفرَّاء إمامٌ في اللغة غيرُ مُدافَع، مقبولُ القولِ فيما قاله في اللُّغة[2].

وكذلك ينبغي أن تكون حقيقتُه، لأنه مأخوذٌ من الفَضَاء، وهو الأرض التي ليس فيها ساترٌ ولا حاجزٌ يمنعُ نفاذَ البصر فيها، فسُمِّيت الخلوة التي ليس معها فيها حاجز ولا مانع يمنع الاستمتاع بها إفضاء.

فتضمَّنت الآية منعَ أخذ شيءٍ من مهرها بعد الخلوة والطلاق؛ لأن قولَه تعالىٰ: ﴿وَإِنْ أَرَدتُّمُ ٱسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ﴾، بغير حال الفُرقة.

(١) ١/٢٥٩، ومثله في القاموس المحيط (فضا).

(٢) الفراء هو يحيىٰ بن زياد الكوفي، إخباري علامة نحوي، كان أبرع الكوفيين وأبرعهم بالنحو واللغة وفنون الأدب، وكان رأساً في قوة الحفظ، أملىٰ تصانيفه كلها حفظاً، وإنما قيل له: فراء، ولم يكن يعمل الفراء ولا يبيعها، لأنه كان يفري الكلام، وهو ابن خالة الإمام الفقيه محمد بن الحسن الشيباني، وله معه قصة طريفة في فقه الفراء، تنظر في وفيات الأعيان ٦/١٧٩، مات سنة ٢٠٧هـ بطريق مكة، له ترجمة في وفيات الأعيان ٦/١٧٦، تذكرة الحفاظ ١/٣٧٢.

ودليلٌ آخر: وهو قوله تعالىٰ: ﴿وَءَاتُواْ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَٰتِهِنَّ نِحۡلَةً﴾[١]، وهي عمومٌ في سائر الأحوال، فلما قال: ﴿وَإِن طَلَّقۡتُمُوهُنَّ مِن قَبۡلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدۡ فَرَضۡتُمۡ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصۡفُ مَا فَرَضۡتُمۡ﴾[٢]، اقتضىٰ ظاهرُه أنه متىٰ مسَّها بيده استحقَّت كمالَ المهر بعد الطلاق؛ لأن ذلك حقيقة المَسِّ، فإذا خلىٰ بها، ومسَّها بيده، ثم طلَّق: لم يَسقط شيءٌ من مهرها.

ثم ثبت ذلك لنا بثبوت الآيتَيْن، ولم يفرِّق أحد[٣] بين الخلوة التي يكون معها المَسُّ، وبين الخلوة التي لا يوجد ذلك معها، ويصحُّ في أحد الوجهَيْن استحقاقُ كمالِ المهر بعد الطلاق، فكانت الأخرىٰ مثلها؛ لأن أحداً لم يفرِّق بينهما.

وأيضاً: روىٰ عوف عن زُرَارةَ بن أوفىٰ قال: «قضىٰ الخلفاء الراشدون المهديُّون أن من أغلق باباً، وأرخىٰ سِتْراً، فقد وَجَبَ عليه المهر، ووجبت العدَّة»[٤].

وقال النبي صلىٰ الله عليه وسلم «عليكم بسُنَّتي وسُنَّة الخلفاء الراشدين من بعدي، وعضُّوا عليها بالنَّواجِذِ»[٥].

---

(١) النساء: ٤.

(٢) البقرة: ٢٣٧.

(٣) المغني ٨/٦٢، ٦٤.

(٤) سنن البيهقي ٧/٢٥٥ وقال: هذا مرسل زرارة، لم يدركهم، وقد رويناه عن عمر وعن علي رضي الله عنهما موصولاً، المحلىٰ ٩/٤٨٣، وعزاه ابن حجر في التلخيص الحبير ٣/١٩٣ لكتاب النكاح لأبي عبيد.

(٥) تقدم.

فلم تجز مخالفتهم مع أمر النبي صلىٰ الله عليه وسلم باتباعهم.

«قال الحسن: قال المسلمون: إذا أغلقَ باباً وأرخىٰ سِتراً فقد وَجَبَ المهر، ووَجَبَت العدة»[١].

فإن قال قائل: فقد حُكِي[٢] عن ابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهم خلافُ ذلك[٣]، فكيف يثبت مع وجود الخِلاف؟

قيل له: طريقُ هذه الرواية عنهما واهيةٌ ضعيفة، ولو ثَبَتَت أيضاً: كان ما ثَبَتَ عن الخلفاء الراشدين أَوْلىٰ بالاتباع، ولا يُلتفت بعد اتفاقهم إلىٰ خلاف مَن خالَف.

وقد حدثنا عبد الباقي بن قانع قال: حدثنا محمد بن شَاذَان قال: أخبرنا مُعَلَّىٰ بن منصور قال: حدثنا ابن لَهيعة قال: حدثنا أبو الأسود عن محمد بن عبد الرحمن بن ثوبان قال: قال رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم: «مَن كَشَفَ عن خِمَار امرأةٍ، ونَظَرَ إليها: وَجَبَ الصداق، دَخَلَ بها أو لم يدخل»[٤].

---

(١) تقدم.

(٢) في الأصل: (حكيتَ).

(٣) سنن البيهقي ٧/٢٥٤-٢٥٥، المحلىٰ ٩/٤٨٤، قال ابن المنذر في الإشراف ص٦٤: لا يصح عنهما، ومثله عن الإمام أحمد في المغني ٨/٦٢، وقد ثبت عن ابن مسعود رضي الله عنه خلاف هذا، وأن عليه المهر كاملاً، كما في المحلىٰ ٩/٤٨٣، وينظر موسوعة فقه عبد الله بن مسعود ص٢٧٥، وروىٰ الجصاص في أحكام القرآن ١/٤٣٦ عن ابن عباس رضي الله عنهما أنَّ لها المهر كاملاً.

(٤) سنن الدارقطني ٣/٣٠٧، سنن البيهقي ٧/٢٥٦ وقال: هذا منقطع، وبعض =

* ومن جهة النظر: إنَّ المعنىٰ الذي تعلَّقتْ به صحة العقد من جهتها، هو وجود التسليم، والدليل علىٰ أنَّ صحة العقد متعلِّقة بالتسليم دون الوطء: اتفاق الجميع[1] علىٰ جواز نكاح المجبوب، مع عدم الوطء، فلو كانت صحة العقد متعلَّقةً بالوطء، لَمَا صحَّ مع عَدَمِه من المجبوب، فدلَّ علىٰ أن صحته متعلِّقة بوجود التسليم من جهتها، فإذا حَصَلَ له ذلك: استحقَّت كمالَ المهر.

كما أنَّ المشتري متىٰ حَصَّلَ المبيع: استُحِقَّ عليه الثمن، هَلَكَت السلعة أو لم تَهْلَك.

وأيضاً: لو استأجر داراً، كان المعنىٰ الذي به يُسْتَحَقُّ الأجرُ هو التخلية وإن لم يَسكنها المستأجر، كذلك الخلوة في النكاح.

فإن قيل: فإذا خَلاَ بها وهي حائض أو صائمة في شهر رمضان، أو هو مُحْرِمٌ، أو صائم: لم تستحقَّ كمالَ المهر مع وجود التسليم.

قيل له: ليست الخلوة في هذه الحال تسليماً؛ لأن هناك مانعاً، والتسليمُ لا يصح مع وجود المانع، كما أنه لو قال: قد خلَّيْتُ بينكَ وبين الدار، وهي في يد غاصبٍ يمنَعُها: لم يكن ذلك تسليماً، وكذلك لو قال: قد خلَّيْتُ بينكَ وبين المبيع، وهو في يدِ غاصبٍ: لم يكن ذلك تسليماً وإن بحَضْرَتهما، كذلك ما وَصَفْنَا.

رواته غير محتج به اهـ، وتعقبه ابن التركماني في الجوهر النقي بقوله: «أخرجه أبو داود في مراسيله، وهو سند علىٰ شرط الصحيح، ليس فيه إلا الإرسال اهـ. وقال ابن حجر في التلخيص الحبير ١٩٣/٣: «أخرجه أبو داود في المراسيل، ورجاله ثقات.»

(١) المغني ٥٨٠/٧، القوانين الفقهية ص١٤٣.

فإن قال قائل: قال الله تعالىٰ: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾(١)، والطلاق بعد الخلوة مثل الوطء يُطْلَق.

قيل: المَسِيسُ هو المسُّ باليد، فلو خلا بها، ومسَّها بيده: اسَتَحَقَّتْ كمالَ المهر بعد الطلاق بالظاهر، فتستَحِقُّه أيضاً وإن لم يمسَّ؛ لأنَّ أحداً لم يفرِّق بينهما.

وأيضاً: روي عن علي وعمر رضي الله عنهما أنَّ المراد بالمَسِيس: الخَلوة(٢)، فكان المسيس عندهما اسماً للخلوة، فلَزِمَ اعتبارهما؛ لأنهما حُجَّةٌ في اللغة.

وأيضاً: هو القُرْب مع ارتفاع الموانع، قال الله تعالىٰ: ﴿فَإِنَّ لَكَ فِي ٱلْحَيَوٰةِ أَن تَقُولَ لَا مِسَاسَ﴾(٣)، يعني والله أعلم: لا قُرْب(٤)، وتقول: بيني وبين فلانٍ رَحِمٌ ماسَّة، يعني: قريبة.

وأيضاً: قد اتفق الجميع علىٰ أنَّ المراد ليس هو حقيقة اللفظ؛ لأن قائلاً يقول: الجِمَاع، وآخرُ يقول: الخلوة، فصار اللفظ مجازاً بالاتفاق، فاحتاج إلىٰ دلالةٍ من غيره في إيجاب الحُكم؛ لأن المجاز لا يستعمل إلا في موضعٍ تقوم الدلالة عليه.

---

(١) البقرة: ٢٣٧.

(٢) سنن البيهقي ٧/٢٥٥.

(٣) طه: ٩٧.

(٤) ومثله في جامع أحكام القرآن للقرطبي ١١/٢٤٠.

وأيضاً: ليس يمتنع أن يكون المراد المسيس، أو ما يقوم مقامَه من الخلوة، كما قال تعالىٰ: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَآ أَن يَتَرَاجَعَآ﴾[1]، والمعنىٰ الطلاق، أو ما يقوم مقامَه من الفُرقة.

مسألة : [طلاقُ المجبوب امرأتَه بعد الخلوة]

قال: (وإذا خلا المجبوب بامرأته، ثمَّ طَلَّقَها قبل الدخول: فلها المهرُ كاملاً في قول أبي حنيفة).

لأن المعنىٰ الذي تتعلَّق به صحة عقده هو وجود التسليم من جهتها علىٰ هذا الوجه، وقد وُجِد.

والدليل علىٰ ذلك: أنه ليس هناك تسليمٌ غيره فيُنتظَر وجودُه.

وليس هذا كالمريض والصغير وغيرهما؛ لأن هناك تسليماً صحيحاً مستَحَقّاً في حالة الصحة والكِبَر، فلا تَستَحِق كمالَ المهر بعد الطلاق.

فإن قيل: فإن خلا بها وهي رَتْقَاء: لزم علىٰ قضيَّتك أن تَستَحِقَّ كمال المهر، إذ ليس هناك تسليمٌ غيره.

قيل: ليس كذلك؛ لأن الرَّتَق قد يزول، فهناك تسليمٌ منتَظَرٌ غيرُ موجود.

وأيضاً: فإن المجبوب قد يُنْزِلُ ويواريه، فصار كالفَحْل[2]، وقد اتفق الجميع[3] علىٰ أن امرأة المجبوب لو وَلَدَت: لزمه نسبُ ولدها،

---

(١) البقرة: ٢٣٠.

(٢) أي كالرجل الصحيح المُنْجِب، وينظر القاموس المحيط (فحل).

(٣) نقل ابن قدامة في المغني ٩/٥٤ أنه لا يلحق نسبه به في قول عامة أهل =

واستَحَقَّت كمالَ المهر لو طَلَّقَهـا وإن لم يوجـد منـه وطء، لأجـل وجـود التسليم، كذلك إذا لم تَلِد.

وجَعَلَه أبو يوسف ومحمد كالمريض والصغير.

مسألة : [ليس لامرأة المجبوب خيار إذا وطئها مرة واحدة]

قال : (وإذا وطئها مرةً، ثم جُبَّ: لم يكن لها خيار).

لأن الوطء مرةً تَستَحِقُّ به كمالَ المهر استحقاقاً صحيحاً، حتىٰ لا يَرِدُ عليه البطلان بورود الطلاق، وكـان بمنزلـة حـدوث العيـب بالـسلعة بعـد قبض المشتري، فلا يوجب للمشتري خياراً في الفسخ.

* * * * *

العلم، ثم قال: قال أصحابنا يلحقه النسب.

باب الأَصْدِقَة

مسألة : [لأولياء المرأة التفريق إن زوجت نفسها بأقل من مهر المثل]

قال : (وإذا زوَّجت المرأةُ البالغةُ نفسَها كفؤاً، وقَصَّرت في المهر: فللأولياء أن يفرِّقوا بينهما، أو يُبْلَغَ به مهرُ مثلها في قول أبي حنيفة، وقال أبو يوسف: ليس لهم ذلك).

وجه قول أبي حنيفة: ما روي عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم أنه قال: أدُّوا العَلائق، قيل: وما العَلائق؟ قال: ما تراضىٰ عليه الأهلون»[1].

فشَرَطَ رضا الأهلين مع رضا الزوجين، فدلَّ علىٰ أن لهم حقاً في استيفاء مهر المثل.

وأيضاً: فإن الأولياء تلحَقُهم غَضَاضَةٌ بتقصيرها في المهر، كما يلحقهم لو وَضَعَتْ نفسَها في غير كفؤٍ.

وأيضاً: فإن مهر نسائهم يُعْتَبَرُ بها، فيَلحقُهم ضَرَرٌ بنقصان مهرها.

* وقال أبو يوسف: ليس لهم ذلك؛ لأن المهر حقٌّ لها، لا حَقَّ لغيرها فيه، ألا ترىٰ أنَّ لها أن تُبرئَ مِن المهر بعد العقد.

---

(١) سنن الدارقطني ٣/٢٤٤، سنن البيهقي ٧/٢٣٩، وبيَّن ابن حجر في التلخيص الحبير ٣/١٩٠ أنَّ إسناده ضعيف جداً، وقد روي مرسلاً، والمرسل أصح.

وذَكَرَ أبو جعفر محمداً مع أبي يوسف، وهو غلط[١]؛ لأن محمداً لا يجيز النكاح بغير وليٍّ، وإذا كان بولي لم يَعْتَبِر سائر الأولياء الباقين، وإنما هو قول أبي يوسف الأول الذي كان يقول قديماً في جواز النكاح بغير ولي، ثم رَجَعَ، فقال: لا يجوز النكاح بغير ولي.

إلا أنه علىٰ قوله الثاني أيضاً في امتناعه من تجويز النكاح بغير ولي، يصحُّ جوابُ هذه المسألة؛ لأنه يقول إذا زوَّجها بعضُ الأولياء غيرَ كفؤٍ: فللباقين أن يفرِّقوا بينهما، ورضا بعضِ الأولياء لا يجوز علىٰ الباقين، ولم يعتبِرْ نقصانَ المهر في حق الباقين من الأولياء، فيكون معنىٰ المسألة صحيحاً علىٰ هذا القول في فَرْقِه بين الكفاءة والتقصير في المهر وإن كان من أصله أنَّ النكاح لا يجوز إلا بولي.

مسألة:

قال: (ولا صَدَاقَ أقلَّ من عشرة دراهم).

لقول الله تعالىٰ: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ أَن تَبْتَغُوا۟ بِأَمْوَٰلِكُم﴾[٢]، فأباح عقدَ النكاح بشرط أن يكون البدلُ أموالاً، وما دون العشرة لا يتناوله اسم الأموال.

فإن قيل: فالعشرة أيضاً لا تسمَّىٰ أموالاً، فالواجب أن لا تكون العشرة مهراً علىٰ هذه القضية.

---

(١) وينظر فتح القدير لابن الهمام ٣/١٩٤.

(٢) النساء: ٢٤.

قيل له: كذلك هو، إلا أنا خَصَصْنا العشرة بالإجماع[١]، وإلا فالظاهر مَنْعه.

ومن جهة السُّنَّة: حديث حَرَام بن عثمان عن ابنَيْ جابرٍ عن أبيهما عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم قال: «لا صَدَاقَ أقلَّ من عشرة دراهم»[٢].

وحدثنا عبد الباقي بن قانع قال: حدثنا حامد بن الشَّاذِي الكَشِّي قال: حدثنا علي بن حُجْر قال: حدثنا بَقِيَّة قال: حدثنا مُبَشِّر يعني ابن عُبَيْد عن الحَجَّاج عن عطاء وعَمْرو بن دينار عن جابر بن عبد الله قال: قال رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم: «لا مهرَ دون عشرة دراهم».

وأيضاً: روي عن علي رضي الله عنه من قوله: «لا صَدَاقَ أقلَّ من عشرة دراهم»[٣].

وهذا عندنا لم يَقُلْه إلا توقيفاً؛ لأن هذا الضرب من المقادير لا سبيل إلىٰ إثباته من طريق الاجتهاد والمقاييس، وإنما طريقُها التوقيف؛ لأنها من الأمور المبتَدأة التي هي حقوقٌ لله تعالىٰ.

ومن هذا الضرب ما روي عن علي رضي الله عنه أنه قال: «إذا قَعَدَ الرجلُ في آخر صلاته مقدارَ التشهد، فقد تمَّتْ صلاتُه»[٤].

---

(١) ومثله في أحكام القرآن ٢/١٤٠.

(٢) تقدم، وأن ابن الهمام نقل عن الحافظ ابن حجر تحسين الحديث.

(٣) سنن الدارقطني ٣/٢٤٥، قال ابن حجر في الدراية ٢/٦٣: أخرجه الدارقطني من وجهين ضعيفين.

(٤) سنن البيهقي ٢/١٣٩ وقال: لا يصح، وعاصم بن ضمرة غير محتج به.اهـ كنز العمال ٨/١٥٧.

فكان ذلك توقيفاً.

وكذلك ما روي عن أنسٍ رضي الله عنه في الحيض: أنَّ أقلَّه ثلاثاً، وأكثرَه عشرة[١].

وما روي عن عثمان بن أبي العَاص الثَّقَفِي: أنَّ أكثرَ النِّفاس أربَعون[٢].

جميع ذلك عندنا توقيفٌ من النبي صلىٰ الله عليه وسلم.

وأيضاً: قد صحَّ عندنا أنَّ اليد لا تُقطع في أقلَّ من عشرة[٣].

والمعنىٰ فيه: أنه عضوٌ محظورٌ لا يُستباح إلا بمال، فكذلك البُضْعُ لَمَّا كان هذا المعنىٰ موجوداً فيه، وَجَبَ أن لا يُستباح بأقلَّ من عشرة.

فإن قال قائل: قال الله تعالىٰ: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ

---

(١) أخرجه ابن عدي في الامل ٢/٧١٥ مرفوعاً إلىٰ النبي صلىٰ الله عليه وسلم من طريق أنس، وأعله بالحسن بن دينار، وأنه مجمع علىٰ ضعفه قال: ولم أر له حديثاً جاوز الحد في النكارة، وهو إلىٰ الضعف أقرب، ورواه أيضاً في الكامل ٢/٥٩٨ عن أنس رضي الله عنه موقوفاً.اهـ قال ابن حجر في الدراية ١/٨٥: فيه الحسن بن دينار، وهو واه.

(٢) رواه مرفوعاً من طريق عثمان بن أبي العاص الحاكم في المستدرك ١/١٧٦ وقال: إن سلم هذا الإسناد من أبي بلال، فإنه مرسل صحيح، وأخرجه الدارقطني في سننه ١/٢٢٠، وضعفه بأبي بلال الأشعري، كما قال ابن حجر في الدراية ١/٩٠، ورواه الدارقطني أيضاً موقوفاً من قوله.

(٣) شرح معاني الآثار ٣/١٦٣، سنن النسائي ٨/٨٣، المستدرك للحاكم ٤/٣٧٨، ووافقه الذهبي علىٰ تصحيحه، وينظر نصب الراية ٣/٣٥٥، والجوهر النقي ٨/٢٥٨، وقد قوّاه.

﴿فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾[١]، فـإذا فَـرَضَ خمـسةَ دراهـم، لم تَستحقَّ بالطلاق قبل الدخول إلا نصفَها بظاهر الكتاب.

قيـل لـه: لم يُختلـف في اسـتحقاق نـصف المـسمىٰ بـالطلاق قبـل الدخول، وإنمـا الخـلاف فيمـا زاد، إذا كانـت التـسمية أقـلَّ مـن عـشرة دراهم، وليس في الآية نفيُه ولا إثباته، فحُكْمُه موقوفٌ علىٰ الدلالة، وقد قامـت الدلالـةُ علـىٰ وجوبـه، فـصارت الآيـة موجبـةً لنـصف المـسمىٰ، والدلالة موجِبة للزيادة إلىٰ تمام خمسة دراهم إذا طَلَّق قبل الدخول.

* فإن احتَجُّوا مِن جهة الآثار بحديث أبي حازم عـن سـهل بـن سـعد «أنَّ امرأةً قالت: يا رسول الله! إني وهبـتُ نفـسي لـك، فقـال رسـول الله صلىٰ الله عليه وسلم: ما لي في النساء من حاجة.

فقام رجل فقال: زَوِّجْنيها يا رسول الله، فقـال: مـا عنـدك؟ قـال: مـا عندي شيء، قال: أعطها ولو خاتَمَاً مِن حديد، قال: ما عندي، قال: هل معك شيءٌ من القرآن؟ قال: نعم، قال: فإنا قد زَوَّجْنَاكَهـا بمـا معـك مـن القرآن»[٢].

وبحديث عامر بن ربيعة «أنَّ رجلاً تـزوَّج امـرأةً علـىٰ نَعْلَـيْن، فأجـاز النبيُّ صلىٰ الله عليه وسلم النكاحَ»[٣].

---

(١) البقرة: ٢٣٧.

(٢) تقدم.

(٣) سنن الترمذي ٣/ ٤٢٠ (١١١٣)، وقال: حديث حسن صحيح، سنن ابن ماجه ١/ ٦٠٨، ونقل الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٢٠٠ عن ابن الجوزي أنَّ فيه عاصم بن عبيد الله، قال ابن معين: ضعيف، لا يحتج به، وقال ابن حبان: كان فاحش =

وعن جابر عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم قال: «مَن أعطىٰ في صَـدَاقٍ ملءَ هذا[١] بُرّاً، أو دَقِيقاً، أو سَوِيقاً: استَحَلَّ»[٢].

وبحديث أبي هريرة عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم قـال: «لـيس علـىٰ امرئٍ جُناحٌ أن يتزوَّج من ماله بقليلٍ أو كثير، إذا أشهد»[٣].

قيل له: أما حديث سهل بن سعد، فإنما أُراه تعجيل شيءٍ من المهـر؛ لأنه لو كان مرادُه ما يَصِحُّ العقدُ عليه، لزوَّجه بمهرٍ في ذِمته.

وقوله: «زوَّجْنَاكَهَا بما معكَ مِن القرآن»: معناه: لأَجْـل مـا مَعَـكَ مـن القرآن؛ لأنَّ ما معه من القرآن لا يكون مهراً.

فإن قيل: إنما أراد: تعليمه إياها يكون مهراً لها.

قيل له: ليس ذاك في الخبر، ولا فيه ما يدل عليه.

الخطأ، فتُرِك اهـ.

ونقل ابن التركماني في الجوهر النقي ٢٣٩/٧ عن أبي حاتم الرازي أنه حديث منكر.

(١) أي ملء كفه، كما في رواية البيهقي في سننه ٢٣٨/٧.

(٢) سنن أبي داود ٥٨٥/٢ ورجح وقفه علىٰ جابر، كما في الدراية ٦٣/٢ قال المنذري في مختصر سنن أبي داود ٤٧/٣: في إسناده موسىٰ بن مسلم، وهو ضعيف، وتكلم في سنده أيضاً في غير موسىٰ، كما في نصب الراية ٢٠٠/٣.

(٣) سنن الدارقطني ٢٤٤/٣ لكن من حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه، قال الزيلعي في نصب الراية ٢٠٠/٣ نقلاً عن ابن الجوزي: فيه أبو هارون العبدي، قال حماد بن زيد: كان كذاباً، وقال السعدي: كذاب مفتر اهـ، وأشد من هذا قيل فيه، كما نقله صاحب الجوهر النقي ٢٤٠/٧، قال ابن حجر في الدراية ٦٣/٢: إسناده ضعيف.

وأيضاً: حديث عامر بن ربيعة في إجازة النكاح علىٰ نَعْلَيْن، فإن «نَعْلَيْن»: قد تكونان قيمةَ عشرة أو أكثر، فلا دلالة فيه علىٰ قول المخالِف.

وأيضاً: فإن فيه إجازة النكاح بهذه التسمية، ونحن نجيزه أيضاً، وليس في الخبر دلالة علىٰ أنَّ الزيادة لا تجب إلىٰ تمام العشرة إذا كانت قيمتُه أقلَّ من ذلك.

وأما حديث جابر، فلم يُشِرْ فيه إلىٰ شيءٍ بعينه يُعْرَف مقدارُه، وقد روي في بعض الأخبار: مِلء كَفٍّ، وإن ثَبَتَ: فمعناه ما وَصَفْنَا.

وأما حديث أبي سعيد: «ليس علىٰ امرئٍ جُنَاح أن يتزوَّج من ماله بقليل أو كثير»: فإنما هو إجازة النكاح بقليل التسمية، ونحن نجيزه، ولا دلالة فيه علىٰ ما يجب بالعقد وإن كان أقلَّ من عشرة.

وأيضاً: فلقد كان النكاح جائزاً بغير مهرٍ إلىٰ أنْ «نَهَىٰ النبيُّ صلىٰ الله عليه وسلم عن الشِّغَار»[1].

فيجوز أن يكون جميعُ ما روي في هذه الأخبار ـ وإن صحَّ ـ أنَّ المراد به التزويج علىٰ أقل من عشرةٍ في حال جوازه بغير مهر، أو أن يكون المرادُ استحباب تعجيلِ شيء مِن قبل الدخول، كما «أَمَرَ النبيُّ صلىٰ الله عليه وسلم عليَّاً كرَّمَ الله وجهَه أن يعجِّل لفاطمة عليها السلام دِرْعَه الحُطَمِيَّة»[2].

---

(١) تقدم.

(٢) سنن النسائي ١٢٩/٦، سنن أبي داود ٥٩٦/٢ وسكت عنه هو، والمنذري في المختصر ٥٨/٣.

وسميت درعه بالحطمية: نسبة إلىٰ حطمة، بطن من عبد القيس، وكانوا يعملون =

مسألة : [جوازالنكاح علىٰ غير صَدَاق، ووجوب مهر المثل]

قال : (وإذا تزوَّج امرأةً علىٰ غير صَدَاق: فالنكـاح جـائز، ولهـا مهـرُ مثلِها).

لقول الله تعالىٰ: ﴿ لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا۟ لَهُنَّ فَرِيضَةً ﴾[1].

فحكَم بصحة الطلاق في نكاحٍ لا مهـرَ فيـه، والطـلاق لا يقـعُ إلا في نكاحٍ صحيح، فدلَّ أنَّ عدمَ التسميةِ لا يمنعُ صحة عقد النكاح.

* ولها مهرُ مثلِ نسائِها؛ لما روىٰ علقمة عن ابن مسعود «أنه أُتِـيَ في امرأةٍ مات عنها زوجُها، ولم يكن فَرَضَ لها شيئاً، فقال عبد الله: لهـا مهـرُ مثلِ نسائها، فقام مَعْقِلُ بن يسار الأَشْجَعيُّ فقال: قـضىٰ رسـولُ الله صـلىٰ الله عليه وسلم في تزويج بنتِ وَاشِق بمثـل مـا قَـضَيْتَه، ففَـرِحَ بـذلك ابـنُ مسعود»[2].

وأيضاً: فإن البُضْعَ لا تجوز استباحتُه بغير مال، فإذا استباحه بغير بدلٍ مسمىٰ: وَجَبَ لها قيمةُ البُضْع، وهو مهر المثل.

الدروع، ويقال: إنها الدرع السابغة التي تحطم السلاح، كما في معالم السنن للخطابي ٣/٥٨.

(١) البقرة: ٢٣٦.

(٢) سنن الترمذي ٣/٤٥٠ وقال: حديث حسن صحيح، سنن النسائي ٦/١٢١، سنن أبي داود ٢/٥٨٨، سنن ابن ماجه ١/٦٠٩، المستدرك للحاكم ٢/١٨٠ ووافقه الذهبي علىٰ تصحيحه، وينظر التلخيص الحبير ٣/١٩١.

* ومهرُ المثل معتَبَرٌ بنسائها من قِبَل أبيها؛ لأنها من قوم الأب منسوبة إليهم، دون قوم الأم، ألا ترىٰ أنها تَشْرُفُ بشَرَف أبيها دون شَرَفِ أمها.

* **قال**: (ويُعتبر بنسائها من أهل بلدها).

لأن ذلك تقويمٌ للبُضْع، وتقويمُ الأشياء يقع في الموضِعِ الذي يجب فيه البَدَل، كما في تقويم السلعة المستهلَكة[(١)].

مسألة: [وجوبُ المُتعة للمطلَّقة قبل الدخول ولم يُسَمَّ لها مهر]

(وإذا طلَّقها قبل الدخول، ولم يُسَمِّ لها مهراً: فلها المتعةُ واجبةٌ).

قال أحمد: لا متعةَ واجِبَة عند أصحابنا غير هذه، وهي مستحبَّةٌ[(٢)] لكلِّ مطلَّقة غيرها.

ولا خلاف بين الفقهاء[(٣)] أنَّ المطلَّقة قبل الدخول إذا كان قد سُمِّيَ لها في العقد: أنه لا متعةَ لها.

وقال مالكُ بن أنس[(٤)]: لا متعةَ واجبة بحالٍ، وهي مستحبَّة.

---

(١) في الأصل: (كثبوت استهلاكه أحل) هكذا، ولم أهتد لتصويبها، وقد أثبت نص كتاب غاية البيان للإتقاني (مخطوط) لوحة / ٤٢/ آ من الجزء الثاني، وقد نَقَل عبارة الإتقاني الشلبي في حاشيته علىٰ تبيين الحقائق ٢/١٥٤.

(٢) ينظر حاشية ابن عابدين ٢/٣٣٥-٣٣٦. (ط بولاق).

(٣) بداية المجتهد ٢/٢٣ وفيه: أنهم اتفقوا أنَّ لها نصف المهر.

(٤) قال الباجي في المنتقىٰ ٤/٨٨: «ذهب مالك إلىٰ أنَّ المتعة ليست مما يجبر عليها المطلِّق، ولا يحكم بها عليه، قال مالك: إنها لحقٌّ علىٰ الزوج ولا يُقضىٰ بها عليه» اهـ.

وقال الشافعي[١]: هي واجبةٌ لكلِّ مطلَّقة[٢]، إلا أن يُسمَّىٰ لها، وطُلِّقت قبل الدخول.

* فأما الدلالة علىٰ وجوب المتعة لمَن طُلِّقت قبل الدخول والتسمية: فقولُ الله تعالىٰ: ﴿لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا۟ لَهُنَّ فَرِيضَةً ۚ وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ مَتَـٰعًۢا بِٱلْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ﴾[٣].

فدلَّت الآيةُ علىٰ وجوب المتعة لمَن كانت حالُه ما وصفنا من وجهَيْن:

أحدهما: قولُه: ﴿وَمَتِّعُوهُنَّ﴾: والأمرُ للوجوب حتىٰ تقوم الدلالة علىٰ غيره.

والثاني: قوله: ﴿حَقًّا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ﴾، وهذا آكدُ ما يكون من ألفاظ الإيجاب.

ألا ترىٰ أنَّ الشهاداتِ لا يُقبل فيها الألفاظ المحتَمِلةُ للمعاني، ولو شهد شاهدان علىٰ رجل بمالٍ فقالا: نشهد أنَّ له حقاً عليه، وهو ألفُ درهم، كانت الشهادةُ مقبولةً في إثبات المال.

---

(١) مختصر المزني ص١٨٤، شرح الجلال المحلي (كنز الراغبين) علىٰ منهاج الطالبين للنووي ٣/٢٩٠.

(٢) ويدخل في هذا: المطلقة التي لم يمسها، والتي مسها، والموطوءة، كما في شرح الجلال المحلي علىٰ المنهاج ٣/٢٩٠-٢٩١.

(٣) البقرة: ٢٣٦.

ويـدل عليـه أيـضاً: قولـه تعـالىٰ: ﴿ وَلِلْمُطَلَّقَٰتِ مَتَٰعُۢ بِٱلْمَعْرُوفِۖ حَقًّا عَلَى ٱلْمُتَّقِينَ ﴾[1].

فإن قيل: لمَّا خـصَّ المـتقين والمحـسنين بالـذِّكر في إيجـاب المتعـة عليهم، دلَّ علىٰ أنها غيرُ واجبة، وأنها نَـدْبٌ؛ لأن الواجبـات لا يختلـفُ فيها المتقون والمحسنون وغيرهم[2].

قيل له: تخصيصُ المحـسنين والمـتقين: فإنمـا فيـه إيجابُهـا عليهمـا، فنحن نوجِبُها عليهما، ثم إذا وَجَبَتْ علىٰ المحسنين والمتقين: وَجَبَتْ علىٰ غيرهم، إذ لم يفرِّق واحدٌ بينهم في وجوبها.

وأيضاً: قولُه: حقًّا علىٰ المتقين والمحسنين: يدلُّ علىٰ الوجوب؛ لأنه جعل شَرْطَ كونه محسناً أو متَّقيـاً: إعطـاء المتعـة، وعليـه أن يكـون متَّقيـاً مُحسناً.

وهو كقوله تعالىٰ فيما حكىٰ عن مريم عليها الـسلام: ﴿إِنِّيٓ أَعُوذُ بِٱلرَّحْمَٰنِ مِنكَ إِن كُنتَ تَقِيًّا ﴾[3]، يعني أن المتَّقي هو الذي يقبلُ الاستعاذةَ بالله تعالىٰ.

وهو كقوله تعالىٰ: ﴿هُدًى لِّلْمُتَّقِينَ ﴾[4]، وهو هدىً لغيرهم أيضاً.

---

(١) البقرة: ٢٤١، فقوله: حقاً: دليل علىٰ الوجوب.

(٢) هذا الاعتراض سقط من الأصل، وموجود جوابه فقط، وقد أثبته من أحكام القرآن للمؤلف ١/٤٢٩ حيث أورد الاعتراض وجوابه.

(٣) مريم: ١٨.

(٤) البقرة: ٢.

ومن جهة النظـر: إنَّ البُـضْع لا يخلـو مـن بـدلٍ يجـب عنـه وإن وَرَدَ الطلاقُ قبل الدخول.

والـدليل عليـه: أنـه إذا سمَّـىٰ لهـا مهـراً، ثم طلَّقهـا قبـل الـدخول: استحقَّتْ نصفَ المسمَّىٰ، فوجب أن لا يخلوَ من أن يسمَّىٰ لهـا مـن بـدل تستَحِقُّه عند الطلاق، والمعنىٰ الجامع بينهما: أن كلَّ واحـد منـهما يتعلَّـق حُكْمُه بالطلاق قبل الدخول، فوَجَبَ أن يكونا جميعـاً واجبَـيْن، وأمـا إذا دخل بها، فإنها قد استَحَقَّت مهرَ المثل، فـلا يجتمـع عليـه وجـوبُ مهـرٍ ومتعة.

والدليل علىٰ ذلك: اتفاق الجميع علىٰ أنـه إذا طلَّقهـا قبـل الـدخول، وقد سمَّىٰ لها مهـراً: أنهـا لا تـستحقُّ المتعـة علـىٰ الوجـوب؛ لأنهـا قـد استحقَّت شيئاً من المهر، فكذلك إذا طلَّق.

فإن قيـل: عمـومُ قولـه تعـالىٰ: ﴿وَلِلْمُطَلَّقَٰتِ مَتَٰعُۢ بِٱلْمَعْرُوفِۖ﴾: يوجِـبُ المتعةَ لسائر المطلَّقات.

قيل له: يخصُّه ما ذَكَرنا من الدلالة.

مسألة: [موت أحد الزوجين قبل الدخول ولم يُسَمَّ المهر]

قال: (وإن مات أحدُهما قبلَ الدخول، ولم يُسَمِّ لها مهراً: فلـها مهـرُ مثلِها من نسائها).

وذلك لما روي عن عبد الله بن مسعود «أنه سئل عن ذلك فقال: أقول فيها برأيي، فإن يكن صواباً فمن الله، وإن يكن خطأً فمني ومن الـشيطان، واللهُ ورسولُه منه بريئان: لها مثلُ مهر نسائها، وذلك بعد أن ردَّهم شهراً.

فقام ناسٌ من أشجع، منهم معقل بن يـسار في بعـض الأخبـار، وفي

بعضها: أبو سنان وأبو الجرَّاح، فشهدوا أن رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم قضىٰ بذلك في امرأةٍ منهم، يقال لها بِرْوَع بنتُ واشِق.

فسُرَّ عبد الله بذلك سروراً شديداً، حين وافق قضاؤُه قضاءَ رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم»[1] رواه جماعة منهم علقمة ومسروق وعبد الله بن عتبة، والأسود بن يزيد في آخرين.

فإن قال قائل: هؤلاء الأشجعيون الرواة لهذا الخبر قومٌ مجهولون، لا تثبتُ بمثلهم حُجةٌ في إثبات الأحكام.

قيل له: كونهم مجهولين عندكَ لا يُوجبُ ردَّ خبرهم؛ لأن أخبار الآحاد مقبولةٌ عندنا جميعاً وإنْ وَرَدَتْ من جهة الأفراد الذين لم يَرْوُوا خبراً غيرَه، ولا سيَّما صحابةُ النبيِّ صلىٰ الله عليه وسلم؛ لأن الأصل فيهم الصحة والعدالة حتىٰ يثبُتَ غيرُها.

ومع ذلك فإنا لا نعرف عدالةَ مَن لم نشاهده إلا بتَحَمُّل الثقات عنه[2]، وقد قَبِلَ عبد الله خبرَ هؤلاء وسُرَّ به، إذ وافقَ قضاؤُه قضاءَ رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم.

وقد قَبِلَ مخالِفُنا من أخبار الأفراد[3] ما يكثُرُ ذِكره وتَعداده.

منها: ما روي أنَّ النبيَّ صلىٰ الله عليه وسلم قال: «إنَّ الله كَتَبَ عليكم

---

(١) تقدم.

(٢) ينظر قواعد في علوم الحديث للتهانوي، بتحقيق الشيخ عبد الفتاح أبو غدة ص١٣٠-١٣١.

(٣) «التفرد يكون لما انفرد به الراوي إسناداً أو متنا، ويكون لما تفرد به عن شيخ معين»، كما في الموعظة للذهبي ص٤٣.

السعيَ فاسْعَوا»[١]، وهو مما رَوَتْه امرأةٌ لم تَرْوِ غيرَه.

وخبر: «الرُّطَب بالتَّمْر»[٢]. رواه أبو عيَّاش، ولا يُدرىٰ مَن هو؟

وخبر: «إفرَاد الإقامة»[٣] يرويه أبو جعفر مؤذِّنُ مسجدِ العُرْيَان عن أبي المثنَّىٰ، وهما جميعاً مجهولان.

في أخبارٍ من نحو ذلك، قد قَبِلَها عن رواةٍ مجهولِين من التابعين وغيرِهم، فكيف يرد خبر صحابيَّيْن قد شَهِدَا عند عبد الله علىٰ النبي صلىٰ الله عليه وسلم فأقنعه خبرُهم؟

---

(١) رواه الإمام الشافعي في الأم ٢/٢١٠-٢١١ عن عبد الله بن المؤمل... عن صفية بنت شيبة عن حبيبة بنت أبي تَجْرَاة، وفيه عبد الله بن المؤمل، وفيه ضعف، كما قال ابن حجر في الفتح ٣/٤٩٨ ثم قال: له طريق أخرىٰ في صحيح ابن خزيمة ٤/٢٣٢ مختصرة، وعند الطبراني عن ابن عباس كالأولىٰ، وإذا انضمت إلىٰ الأولىٰ قويت. انتهىٰ، ورواه أحمد في المسند ٦/٤٢١-٤٢٢، وقد ذكر الهيثمي في مجمع الزوائد ٣/٢٤٧ روايات الطبراني وبيَّن أنَّ في كل منها ضعفاً، ونقل المناوي في فيض القدير ٢/٢٤٩ عن الذهبي تصحيح الحديث من طريق آخر ذكر عن نسوة من بني عبد الدار.

وتوسع في الكلام عن الحديث ابن حجر في الإصابة ٤/٢٦٩ في ترجمة حبيبة بنت أبي تَجْراة.

(٢) تقدم.

(٣) الطريق التي ذكرها المؤلف للحديث أخرجها أبو داود في سننه ١/٣٥٠، قال المنذري في المختصر ١/٢٨٠: حديث حسن، النسائي ٢/٢٠.

وهو في الصحيحين من حديث أنس رضي الله عنه، صحيح البخاري ٢/٨٢، صحيح مسلم ١/٢٨٦.

* ودليلٌ آخرُ من طريق النَّظَر: وهو أن مهر المثل لمَّا كان واجباً بالعقد، وَجَبَ أن يؤكِّده الموتُ، كالمسمَّىٰ لمَّا وَجَبَ بالعقد، أكَّده الموتُ، ولم يُسقط منه شيئاً.

والدلالة علىٰ أن مهر المثل يُستحقُّ بالعقد من وجوه:

أحدها: أنَّ الزوج قد مَلَكَ البُضْع بالعقد لا محالة، وغير جائزٍ استباحةُ البضع بغير بدلٍ، فإذاً قد مَلَكَ عليه البدل من مِلكٍ، هو المبدَل عنه.

وجهةٌ أخرىٰ: وهي أنهما لو ارتفعا إلىٰ القاضي، لحَكَمَ لها بمهر المثل قبل الدخول، ولولا أنها قد استحقَّته، ما حَكَمَ لها به، لأن القاضي لا يبتدئ إثبات شيءٍ لم يستَحِق إثباته قبل حكمه.

وأيضاً: فإن لها أن تمنعه نفسها حتىٰ تستوفيَ مهر المثل، فلولا أنها قد استحقَّته، لَمَا كان لها مَنْع نفسها به.

وأيضاً: لو دخل بها لاستحقَّتْه استحقاقاً صحيحاً، فمعلومٌ أن الدخول تصرُّفٌ في بُضْعٍ مُلِك استباحةً قبل ذلك، وتصرُّفُ الإنسان فيما يملكه لا يوجب عليه البدل.

ألا ترىٰ أن قَبْضَ المشتري للمبيع، وتصرُّفَه فيه لا يوجب عليه بدلاً؛ لأنه تصرَّفَ في ملكه، وكذلك الدخول لا يوجب المهر في العقد الصحيح، فدلَّ علىٰ أنها قد كانت استَحَقَّت المهرَ بالعقد، لا بالدخول.

وإذا ثبت ذلك: لم يختلف حُكْمُه وحُكْمُ المسمَّىٰ في باب استحقاقِهما جميعاً بالموت، والمعنىٰ الجامع بينهما: أنَّ كلَّ واحدٍ منهما مستَحَقٌّ بالعقد، فالموت فيهما بمنزلة الدخول.

فإن قال قائل: لو كان كذلك، لوَجَبَ أن لا يسقط مهرُ المثل بالطلاق

قبل الدخول، وكان يجب أن يكون لها نصف مهر المثل، كما يكون لها نصف المسمَّىٰ بالطلاق قبل الدخول، فلمَّا كان ورود الطلاق قبل الدخول يُسْقِطُ جميعَ مهر المثل، ولم يَسقط جميعُ المسمَّىٰ، دلَّ ذلك علىٰ أنهما مختلفان في تعلُّق وجوبِهما بالعقد.

قيل له: لا فرق بينهما في باب سقوطهما بالطلاق قبل الدخول، وذلك لأن الطلاقَ قبل الدخول يُسقط جميعَ المهر، مسمَّىٰ كانَ الواجبُ أو مهرَ المثل؛ لأن الطلاق قبل الدخول بمنزلة هلاكِ المبيع قَبْل القبض في إسقاط الثَّمن.

وإنما تجب المتعة إذا لم يكن مسمَّىٰ حقَّاً مبتَدأً، وإذا كان هناك مسمَّىٰ: سَقَطَ جميعُ المهر، ونصفُ المهر هو متعتها علىٰ وجه الابتداء، فأمَّا ما وَجَبَ بالعقد، فقد سَقَطَ في الحالَيْن، ثم تكون زيادة متعتها مقدَّرةً بنصف المهر، وتارةً غير مقدَّرة، والكلامُ في جهة اختلافهما ليس هو كلاماً في أصل المسألة، وإنما هو كلامٌ في كيفية المتعة في الحالَيْن.

وقد روي هذا المعنىٰ عن إبراهيم[1] أنه قال في الذي طلَّق قبل الدخول، وقد سمَّىٰ لها: أنَّ لها نصفَ المهر، وذلك متعتها.

ويدل من جهة النَّظَر أيضاً: أنَّ الموت بمنزلة الدخول في باب إيجاب العِدَّة، فوَجَبَ أن يكون كالدخول في استحقاق كمال المهر، كالمسمَّىٰ لها صار الموتُ فيه بمنزلة الدخول، لأجل ما وَجَبَ من العِدَّة، فكان كذلك في استحقاق كمال المهر.

---

(١) النخعي، وفي مصنف عبد الرزاق ٦٩/٧ أنَّ لها النصف، ولا متعة لها، أما باللفظ الذي ذكره المصنف فلم أهتد إليه.

مسألة : [المتعة للمطلَّقة قبل الدخول وقد فَرَضَ لها القاضي مهراً]

قال : (فإن تزوَّجها علىٰ غير مهر، ففَرَضَ لها القاضي مهرَ المثـل، أو تراضَيَا به، ثم طلَّقها قبل الدخول: فلها المتعة، وبَطَلَ ما فُرِضَ لها).

وذلك لأن هذه التسميةَ لم تكن موجودةً في العقد، فكانت بمنزلة مهرِ المثل، لمَّا لم يكن مسمًّىٰ في العقد، أسقطه ورودُ الطلاق قبل الـدخول، كذلك ما سُمِّي بعد العقد.

وأيضاً: فإن المفروض بعد العقد هو تقديرٌ لمهر المثل، لا علىٰ معنىٰ البَدَل عنه، بل كأنه هو، ألا ترىٰ أنه لو فَرَضَ لهـا داراً: لم يجـب للـشفيع فيها الشفعة، ولم تكن بمنزلة ما أُخِذَ بدلاً عن مهر المثل، فكـان المـسمَّىٰ هو نفس مهر المثل، فلذلك سَقَطَ بالطلاق قبل الدخول.

وأيضاً: فإنْ فَرَضَ القاضي أو تَرَاضَيَا عليه: ليس هو ابتداءَ إيجابٍ، بل هو الذي كان واجباً بالعقد من غير تسمية.

وأيضاً: فإن هذه التسمية مُلْحَقَةٌ بالعقد، وقد بَطَلَ العقـد، فيبطـل مـا أُلْحِقَ به.

مسألة : [مقدارُ المتعة]

قال : (وأدنىٰ المتعة دِرْعٌ[1]، وخِمَار، ومِلْحَفَـةٌ إلا أن يكـون صـداقُ مثلِ المرأة أقلَّ من عشرة دراهم، فيكون لها خمسةُ دراهم).

قال أحمد : أما تقديرُ المتعـة فموكـولٌ إلىٰ اجتـهادنا، وقَـدْرُها ثلاثـة

---

(١) درع المرأة: قميصها، كما في مختار الصحاح (درع)، والملحفة: هي الملاءة التي تلتحف بها المرأة، كما في المصباح المنير (لحف).

أثواب؛ لأنها أقلُّ ما يستُرُها بين الناس.

فأما قوله: «فإن كانَ صداقُ مثلِها أقلَّ من عشرة دراهم، فيكون لها خمسة دراهم»: فإن الأصل عندهم في ذلك أنَّ المتعة، إن كانت أكثرَ مِن نصف مهر المثل: لم يُزَدْ علىٰ نصف مهر مثلها؛ لأن مهرَ المثل ليس بآكد في الوجوب من المسمَّىٰ، فإذا لم تستحق في المسمَّىٰ أكثرَ من نصفه إذا وَرَدَ الطلاق قبل الدخول علىٰ مهر المثل، أَحْرَىٰ أن لا تستحق أكثرَ من نصفه.

فإذا كان مهرُ مثلها أقلَّ من عشرة دراهم: أُكْمِلَ لها خمسةُ دراهم؛ لأن العشرة مستَحَقَّة بالعقد لا محالة، إذ غيرُ جائزٍ استباحة البُضْع بأقلَّ منها، فلا يُنْقَصُ قبل الدخول من نصفها.

مسألة: [اختلافُ الزوجَيْن في قَدْر الصداق والنكاحُ قائم بينهما]

قال: (وإذا اختلَفَ الزوجان في الصَّدَاق، والنكاحُ قائمٌ بينهما، فإن أبا حنيفة ومحمداً قالا: القولُ قولُ المرأة إلىٰ مهرِ مثلِها، والقولُ قولُ الزوج فيما زاد.

وقال أبو يوسف: القولُ قولُ الزوج في المهر، طَلَّق أو لم يُطَلِّق، إلا أَنْ يأتِيَ بشيءٍ مُستنكَرٍ، فلا يُصَدَّق).

لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما غير مصدَّق علىٰ صاحبه، ألا ترىٰ المتبايعَيْن إذا اختلفا في الثمن، كان اختلافهما فيه مانعاً من صحة تسمية الثمن، ولذلك وَجَبَ فسخ البيع إذا تحالفا، فكذلك اختلافهما في المهر، إلا أنَّ عقد النكاحِ إذا لم تكن فيه تسميةٌ صحيحة، أَوْجَبَ مهرَ المثل، فالظاهر أنها قد استَحَقَّت مهرَ المثل بالعقد، فالقولُ قولُ مَن يدَّعِيه، لأن الظاهر معه، والآخرُ مدَّعٍ بخلاف الظاهر.

وأيضاً: لمَّا لم تُصَدَّقِ المرأةُ علىٰ الزيادة، كذلك لا يُصَدَّق الزوج علىٰ أن يَستحِقَّ بُضْعَها بما يقول من النُّقْصان؛ لأن كلَّ واحدٍ منهما ليس بأَوْلىٰ بالتصديق من صاحبه، فإذا لم يُصدَّق واحدٌ منهما: أَوْجَبْنا مهرَ المثل، كأنه لم يُسَمِّ شيئاً.

وليس هذا بمنزلة اختلافهما في الجُعْل الذي وقع عليه الخلع، ولا كالعتق علىٰ مال، والصلحِ من دم العمد علىٰ مالٍ إذا اختلفا فيه، فيكون القول قولَ مَن لزمه المال عندهم جميعاً؛ لأن هذه العقود إذا عَرِيَت من التسمية: لم يجب بها شيء، وعقدُ النكاح إذا خلا من التسمية أوجب مهر المثل.

فإن قال قائل: فهلاَّ كان اختلافُهما في المهر بعد صحة العقد، كاختلافِ البيِّع والمشتري في الثمن بعد هلاك السلعة، وذلك لأنه لا يَلحقُه الفسخ بالاختلاف، كما لا يلحق الهالك.

قيل له: البُضْعُ بمنزلة السلعة القائمة، لا المستَهلَكة، والدليل علىٰ ذلك: أن لها أن تمنع نفسَها بالمهر، كما يمنعُ البيِّعُ السلعةَ لاستيفاء الثمن.

وأيضاً: فإن البُضْع بحيث يجوز أن يُؤخذَ عنه بدل في ردِّه إلىٰ مِلْكها في الخلع، فكان بمنزلة السلعة القائمة التي يجوز أخذ البدل عنها، فلذلك كان الأمر فيه علىٰ ما وصفنا.

* وجَعَلَه أبو يوسف بمنزلة اختلاف البيِّع والمشتري في الثمن بعد هلاك السلعة، فكان القولُ قولَ المشتري في الثمن، كذلك في النكاح.

وقد روىٰ هشامٌ عن أبي يوسف أن المشتري لا يُصدَّق أيضاً بعد هلاك المبيع علىٰ شيءٍ مُستَنكَرٍ من الثمن، كما قال في النكاح.

فصل : [اختلاف الزوجين في قَدْر المهر وقد طلقها قبل الدخول]

قال : (وإن طلَّقها قبل الدخول، فالقول قول الزوج في نصف المهر في قولهم جميعاً).

وذلك لأن مهر المثل لا يثبت مع الطلاق قبل الدخول، فسقط اعتبارُه، وصارت المرأةُ مدَّعيةً للفضل، فالقول قول الزوج فيه كالخلع والعتق علىٰ مال.

ولمَّا لم يكن هناك مالٌ واجب في الظاهر بالعقد، كان القولُ قولَ مَن لزمه المال، وكُلِّفَ الآخرُ البيِّنةَ علىٰ الفضل، إذ ليس هناك ظاهرٌ يُرجَعُ إليه، فحَصَلا مدَّعياً ومدَّعيةً عليه.

* **قال** : (والقول قول المرأة إلىٰ متعة مثلها في هذا الحال، ولا يُصدَّق عنها).

لأنها في الظاهر مُستَحِقَّة بهذا العقد بالطلاق قبل الدخول[1]، كما تَستَحِقُّ مهرَ المثل قبل الطلاق.

مسألة : [دخول الزوج بامرأته لا يكون إقراراً منها بقبض الصداق]

قال : (ولا يكون دخول الزوج بامرأته إقراراً منها بقبض الصَّداق).

وذلك لأن المهر قد ثبت في ذمة الزوج، ولا يبرأ منه، أو تقومُ البينةُ علىٰ وقوع الاستيفاء والبراءة، والدليلُ علىٰ ذلك: أنَّ قبض المشتري للسلعة لا يكون إقراراً من البيِّع بقبض الثمن.

---

(١) أي أنَّ المرأة مستحقة لمتعة المثل بعقد الزواج الذي حصل بعده طلاق قبل الدخول.

مسألة : [ادعاء ورثة المرأة الصَّداقَ وقد مات الزوجان]

قال : (وإذا مات الزوجان ثم ادَّعىٰ ورثةُ المرأة الصَّداقَ، فإن أبا حنيفة لا يقضي بالمهر).

قال أحمد : المسألة مبنيةٌ علىٰ أن الأمر قد تقادم، حتىٰ لم يبق من نسائها مَن يُعتبر به مهر مثلها، وكذلك كان يقول شيخُنا أبو الحسن الكرخي رحمه الله.

وإذا كان كذلك، واحتَجنا إلىٰ القضاء بمهر المثل، ولا سبيلَ إلىٰ القضاء إلا من جهة نسائها، واعتبارِ مهورهنَّ، فإذا لم يكن هناك منهن مَن يُعتبر ذلك به: لم يُمْكن القضاء به، فلم يَقضِ بشيء.

فإن قال قائل: هلاَّ حَكمْتَ بعشرة دراهم، إذ هي متيقَّنَة، لأن عقد النكاح لا يخلو من إيجاب عشرة وإن خلا من التسمية.

قيل له: لا يجوز ذلك، وذلك لأن العشرة يختلف حكمها في ثبوتها من مهر المثل أو المسمَّىٰ، ولا يجوز أن يُحكَم بها، أو يُعلَمَ من جهتها التي منها يَثبت.

وأما إذا كان أحدُ الزوجَيْن باقياً، فقد عَلِمنا أن الأمر لم يتقادَم، وأنه قد بقي من النساء مَن يُعتبر به مهرها.

* وأما أبو يوسف ومحمد، فيوجبان لورثتها المهر وإن ماتا جميعاً، وذلك لأنّا قد تيقَّنّا وجوب المهر، فيُحكَمُ لورثتها بالمقدار المتيقَّن.

مسألة :

قال : (ومَن تزوَّج امرأةً علىٰ أقلَّ من عشرة دراهم: فلها عشرة دراهم).

وذلك لأن العشرة لا يتبعَّضُ ثبوتها في العقد، فتسميتُه لبعضها تسميةٌ لجميعها، كسائر الأشياء التي لا تتبعَّض، مثل الطَّلاق، والعفو من دم العمد، ونحوهما، إذا وَقَعَ بعضُه وقع جميعُه.

قال أحمد: وقال زفر: لها مهر المثل، وجعل تسميةَ ما دون العشرة، كَلاَ تسمية؛ لأنَّ مثلَه لا يكون مهراً، فصار كتسمية الخمر والخنزير.

والانفصال لأبي حنيفة عن ذلك مِن وجهين:

أحدُهما: أنَّ ما دون العشرة مما يصح أن يكون مهراً مع غيره[١]، والخمر والخنزير لا يكونا مهراً للمسلمة بحال.

والوجه الآخر: أنَّ تسميتَه لبعضها تسميةٌ لجميعها، ولا فَرْقَ بين تسمية الخمسة والعشرة، كما لا فَرْقَ بين إيقاع نصف تطليقة، وإيقاع تطليقة كاملة.

مسألة:

قال: (والذي بيده عُقْدَةُ النكاح هو الزوج).

قال أحمد: وروي عن عليٍّ وابن عباس وشريح ومجاهد في آخَرِين[٢]، أنَّ الذي بيده عُقْدَةُ النكاح هو الزوج.

وقال بعضهم: هو وليُّ البكر الذي يَمْلِك تزويجَها، وهو قول مالك[٣].

---

(١) هكذا العبارة في الأصل.

(٢) جامع البيان للطبري ٢/٥٤٤، سنن البيهقي ٧/٢٥١.

(٣) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٣/٢٠٧، حاشية الدسوقي علىٰ الشرح الكبير ٢/٣٢٧.

والحجة للقول الأول: قول الله تعالىٰ: ﴿وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا﴾[(١)]، وذلك يمنع جواز إبرائه لِمَالِها.

وأيضاً: قال الله تعالىٰ: ﴿لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾[(٢)]، فلا تجوز هبتُه لمهرها إلا برضاها.

وقال النبي صلىٰ الله عليه وسلم: «لا يحِلُّ مالُ امرئٍ مسلم إلا بطيبة من نفسه»[(٣)].

واتفق الجميع[(٤)] علىٰ أنَّ هبة الولي غيرُ جائزة، كسائر مالها، فكذلك المهر.

وإذا صحَّ ذلك، وَجَبَ أن يكون معنىٰ الآية، وهو قوله تعالىٰ: ﴿أَوْ يَعْفُوَاْ ٱلَّذِى بِيَدِهِۦ عُقْدَةُ ٱلنِّكَاحِ﴾[(٥)]، محمولاً علىٰ موافقة الأصول.

ولأن أقلَّ أحوال هذا اللفظ أن يكون مُتشابِهاً[(٦)]، وحُكمُ المتشابه أن

---

(١) الأنعام: ١٦٤.

(٢) النساء: ٢٩.

(٣) تقدم.

(٤) جامع البيان للطبري ٢/٥٤٩.

(٥) البقرة: ٢٣٧.

(٦) المتشابه: اسم لما انقطع رجاء معرفة المراد منه في الدنيا، لمن اشتبه فيه عليه، كما في أصول السرخسي ١/١٦٩، فتح الغفار ١/١١٦.

يُرَدَّ إلىٰ المُحكَم(١)، ويُحمَلَ علىٰ معناه.

قال الله تعالىٰ: ﴿مِنْهُ ءَايَٰتٌ مُّحْكَمَٰتٌ هُنَّ أُمُّ ٱلْكِتَٰبِ وَأُخَرُ مُتَشَٰبِهَٰتٌ﴾(٢)، فجعل المحكمَ أُمّاً للمتشابه، من حيث أوجب ردَّه إليه، وحَمْلَه عليه، لأنَّ أُمَّ الشيء ما منه ابتداؤُه، وإليه مَرجِعُه.

وعلىٰ أنَّ في لفظ الآية ما يدلُّ علىٰ أن المراد به الزوج؛ لأنه قال: ﴿وَأَن تَعْفُوٓا۟ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ﴾(٣)، والوليُّ لا يستحق بعفوه عن مال الغير فضيلةً ولا ثواباً.

قال: ﴿وَلَا تَنسَوُا۟ ٱلْفَضْلَ بَيْنَكُمْ﴾(٤)، ولا يكون الوليُّ متفضِّلاً بهبة مالِها.

وأيضاً: فإن الوليَّ ليس بيده عقدة النكاح، ولا كانت بيده أيضاً فيما سَلَف، وذلك لأن قول القائل: بيد فلانٍ كذا، يقتضي أن يكون واقعاً حاصلاً في يده، وهذه صفةُ الزوج دون الولي.

فإن قيل: فالزوج ليس بيده عقدة النكاح بعد الطلاق.

قيل له: قد كان بيده، فيجوز أن يكون المراد: الذي كان بيده، ولو حَمَلناه علىٰ الولي، لم يصحَّ بحال؛ لأنه ليست العقدة في يده، ولا كانت

---

(١) المحكم: ما أُحكم المراد به عن احتمال النسخ والتبديل، كما في أصول السرخسي ١/١٦٥، فتح الغفار ١/١١٣.

(٢) آل عمران: ٧.

(٣) البقرة: ٢٣٧.

(٤) البقرة: ٢٣٧.

في يده قط؛ لأن عقدة النكاح بيد مَن مَلَكَ البُضْع، ويملكُ إبطالَه، كما مَلَكَ عَقْدَه، والوليُّ لا يَملِك شيئاً من ذلك.

وأيضاً: قوله: ﴿ٱلَّذِي بِيَدِهِۦ عُقۡدَةُ ٱلنِّكَاحِ﴾: المرادُ به النكاح المتقدِّم، ودخولُ الألف واللاَّم علىٰ النكاح يدلُّ علىٰ أنه تعريفٌ أراد به النكاح المتقَدِّم، وهو الزوج، لا الولي.

وأيضاً: قد أجاز عفوَها في حال إجازة عفو الذي بيده عقدة النكاح، وإذا جاز عفوُها، لم يجز عفوُ غيرها عليها، لأنها غير مولَّىٰ عليها.

فإن قيل: فما معنىٰ عفوِ الزوج؟

قيل له: إن كان قد أعطاها المهرَ: فعفوه أن لا يأخذ منها، ويتركَه لها، وإن لم يكن أعطاها: فعفوه إكمالُ الصداق لها، وقد سمَّىٰ ذلك عفواً؛ لأن العفو هو التَّرْك[1] في مثل ذلك، كما قال النبي صلىٰ الله عليه وسلم: «أحفُوا الشَّوارب، وأعفُوا اللِّحىٰ»[2].

وروي «أن جبير بن مطعم طلَّق امرأته ولم يمَسَّها، وقد فَرَضَ لها صداقاً، فأكمل لها الصداق، وقال: نحن أحقُّ بالعفو»[3]، فسمَّىٰ إكمالَ الصداق لها عفواً.

مسألة:

قال: (وللمرأة أن تَهَبَ مهرَها للزوج، دخل بها أو لم يدخل).

---

(١) القاموس المحيط (عفو).

(٢) صحيح البخاري ١٠/٣٤٩، صحيح مسلم ١/٢٢٢.

(٣) جامع البيان للطبري ٢/٥٤٦.

لقول الله تعالىٰ: ﴿فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيٓـًٔا مَّرِيٓـًٔا﴾[1].

وكما جازت هبتُها في سائر مالها، جازت في مهرها.

مسألة:

قال: (ولأبي البِكْر قَبْضُ صداقها، ويَبرأ الزوجُ).

قال أحمد: وهذا استحسان، وذلك لأنها لَمَّا كان من عادتها أنها تستحيي من المطالبة به، صار سكوتُها فيه رضاً بقبض الأب، كما كان سكوتها رضا بالنكاح؛ لأنها تستحيي أن تتكلَّم به.

قال: (وكذلك الجَدُّ بمنزلة الأب، وليس سائرُ الأولياء كذلك).

وذلك لأن سائر الأولياء لا يستحقُّون التصرُّفَ في المال بوجه، والأبُ والجَدُّ يستحقَّان التصرُّفَ في المال في حال الصِّغَر، فبقيت ولايتُهما في التصرُّف بعد الكِبَر في قبض مهر البكر ما لم يُتَّهَمَا، لِمَا وَصَفنا.

مسألة: [ظهورُ العيب في العبدِ المهرِ]

قال: (وإذا تزوَّجت المرأةُ علىٰ عبد، فوجَدَتْه مَعِيْباً، فإن كان عيباً فاحشاً: رَدَّتْه، وأخذتْ قيمتَه، وإن كان غيرَ فاحشٍ: لم تردَّه، ولم تَرجع بشيء).

وذلك لأن العيب إذا كان فاحشاً، فقد علمنا أنه يُستدركُ بالردِّ حقاً[2]، وهو تمام قيمته صحيحاً.

---

(١) النساء: ٤.

(٢) في الأصل: (حطا).

وإنما رُجِعَ بالقيمة بعد الردِّ؛ لأن العقد لم ينفسِخْ بالرد، بل هو قائم، فوَجَبَ تسليمُ العبد لِمَا وَصَفنا، مثل العبدِ المغصوب، والمقبوضِ عن عقدٍ فاسد، أنَّ القبضَ الموجِبَ لضمان القيمة لَمَّا كان قائماً، لم يكن فَوْتُ العين مُسقِطاً لضمان القيمة.

وأمَّا إذا كان عَيْباً غيرَ فاحشٍ: فإنها لا ترجِعُ بشيءٍ؛ لأن هذا القَدْرَ ممَّا يدخل بين تقويم المقوِّمين، فلا يُعْلَمُ أنها تَستدرك بالردِّ حقاً، فكذلك لم يكن لها الرد إذا كانت العينُ أعدلَ من القيمة.

* وإنما لم يكن لها أن تُمْسِكَ العبد، وترجِعَ بنقصان العيب إذا كان العيب فاحشاً؛ لأن الأتباعَ لا تُضمن بالعقود، وتُضمن بالقُبوض؛ لأنها لا يصح إقرارها بالعقد، وقد يصح إقرارها بالقبض.

مسألة: [ظهور حرية العبد المهر]

(ولو تزوَّجها علىٰ عبدٍ بعَيْنه، فوجدَتْه حُرّاً، ففي قول أبي حنيفة ومحمد: لها مهرُ مثلها).

وذلك لأنه لا حَظَّ للتسمية مع التعيين، والدليل علىٰ ذلك: أنه لو قال: تَزَوَّجْتُكِ علىٰ هذا الكَلْب، أو علىٰ هذا الحمار، وأشار إلىٰ عبدٍ بعينه: يصح العقد عليه، ولم تكن تسميتُه إياه بالكلب والحمار مانعةً من صحة العقد عليه، وصار بمنزلة قوله: تزوجتُكِ علىٰ هذا العبد.

وقد قالوا جميعاً: لو قال لها: تزوَّجْتُكِ علىٰ هذا الخمر، فإذا هو خَلٌّ: أنَّ العقد جائز علىٰ الخَلِّ، ولم يكن للتسمية حُكْمٌ، فكذلك إذا كانت العينُ المشارُ إليها ممَّا لا يصح دخوله تحت العقد بحال، لم تصح تسميتهُ، ووجَبَ لها مهر المثل، كأن قال: تزوَّجتُكِ علىٰ هذا الحُرِّ.

* وقال أبو يوسف: لها قيمتُه لو كان عبداً[1]؛ لأنه لَمَّا لم يصح دخول العين تحت العقد، وكان عقدُ النكاح مما يصح علىٰ عبدٍ بغير نفسه، صار كأنه قال: قد تزوَّجْتُكِ علىٰ عبدٍ مثلَ هذا الحُرِّ.

مسألة: [لو استُحِقَّ العبد المهر]

قال: (ولو استُحِقَّ، ولم يكن حُرّاً: فلها القيمة في قولهم جميعاً).

مِن قِبَل أن ورود الاستحقاق لا يمنع دخولَه تحت العقد، ألا ترىٰ أن المالك لو أجازه: جاز، فلمَّا صحَّ العبد تسميةً، ثم تعذَّر التسليم بالاستحقاق: وَجَبَت القيمة، مثلَ موته في يد الزوج.

قال أحمد: ولو تزوَّجها علىٰ هذا الدَّنِّ الخَلِّ، فإذا هو خمر، وعلىٰ هذه الشاة المذبوحة، فإذا هي ميتة: كان الجوابُ فيه كهو في الحُرِّ في قول أبي حنيفة.

وفي قول أبي يوسف: لها مثل الدَّنِّ خَلاً، ولها قيمة شاة مذبوحة.

وأما محمدٌ: فإنه فرَّق بين الخمر وبين الشاة والحرِّ، فقال: إذا وُجِدَ الدَّنُّ خمراً: فلها دَنٌّ خَلٍّ، وإذا وُجِدَ العبدُ حراً، أو الشاة ميتةً: فلها مهر المثل.

وأصلُه في ذلك: أن المشار إليه إذا كان من جنس المسمَّىٰ، أسقط اعتبارَ التسمية، واعتبر العَيْنَ، فإذا كانت العين ممَّا لا يصح دخولُه تحت العقد، أوجب مهر المثل، والحُرُّ من جنس العبد، وكذلك الميتة من جنس الذَّكِيَّة، وإنما اختلافُ الحُرِّ والعبد والميتة والذَّكِيَّة من طريق

---

(١) أي لو كان هذا الحر عبداً، كما في تبيين الحقائق ٢/١٥١.

الحُكْم، لا لاختلافهما في أنفسهما، وإذا كان كذلك اعتبرَ العين، وأُلْغِيَت التسمية، كأنه قال: تزوَّجْتُكِ علىٰ هذا الحرِّ، وهذه الميتة.

وأما إذا كان المشار إليه من غير جنس المسمَّىٰ: فإنه يُلْغي العين، إذ لم يصحَّ دخولُها تحت العقد، ويعتبر التسمية، مثل الخمر والخل؛ لأن الخمر من غير جنس الخل، فعلَّق الحكم بالمسمَّىٰ، وألغىٰ حكمَ العين، وصار كأنه قال: تزوَّجْتُكِ علىٰ هذا الدَّنِّ خَلاً.

مسألة: [جوازُ كونِ المهر وَصِيْفاً]

قال: (وإذا تزوَّج المرأةَ علىٰ وَصِيْف[1]: فهو جائز، ولها الوَسَطُ من ذلك).

قال أحمد: الأصل في ذلك أنَّ عقد النكاح جائزٌ علىٰ مهر المثل، فهي تسمية صحيحة، وما كان جهالتُه أكثر من جهالة مهر المثل، فمهر المثل أَوْلىٰ منه؛ لأنَّ الذي أُجيز من الجهالة فيه، وإنما هو مقدار جهالة مهر المثل، فما كان فوق ذلك من الجهالة فهي منتَفِيَة.

وهذا الضَّرْب من الجهالة جائزٌ في كلِّ عقدٍ لا يمنعُ فسادَ البدل من وقوعه، نحو العتق، والطلاق، ودم العمد، لأن هذه الأشياء ليست بمال، ولا حقّاً في مال، وفسادُ البدل لا يمنع صحة وقوعه، فجاز من أجل ذلك هذا الضرب من الجهالة فيه.

وقد يمكن أن يُرَدَّ ذلك إلىٰ أصلٍ قد ثبتت صحته، وهو النكاح، لَمَّا كان فسادُ البدل فيه غيرَ قادحٍ في صحته، جاز علىٰ مهر المثل، فقِسْنا عليه كلَّ ما كان في معناه.

---

(١) الوصيف: الخادم، غلاماً كان أو جارية، كما في المصباح المنير (وصف).

وإن شئتَ جعلتَ وجوبَ ديةِ الخطأ، وهي مجهولة أيضاً للصلح من دم العمد، والخُلع، والنكاح، والعتق، وجمعتَ بينهما بالعلة التي ذكرنا، وهي أنَّ فسادَ البدل لا يمنع صحةَ وقوعه؛ لأنه لو صالَحَه من دم العمد علىٰ خمر أو خِنزير، لصحَّ العفو، وكذلك العِتق والطلاق والنكاح.

فإذا صحَّ هذا الأصل، قلنا: إن عقد النكاح جائز علىٰ وَصِيْفٍ؛ لأنه أقل جهالة من مهر المثل، لأن الواجب لها الوسط من ذلك، والوسطُ منه أقلُّ جهالة من مهر المثل؛ لأن تقويمَ الأموال جهالةٌ أيسرُ من تقويم الأبضاع.

والأصل في إيجاب الوسط منه: ما روي عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم أنه قال: «أيُّمَا امرأةٍ نُكِحَتْ بغير إذن مواليها، فنكاحُهَا باطل، فإن دَخَلَ بها، فلها مهرُ مثلِ نسائِها، لا وكْسَ ولا شَطَط»[1].

«وقضىٰ عليه الصلاة والسلام لِبرْوَع بنتِ وَاشِق، وقد مات زوجُها قبل أَن يَفرِضَ لها، أنَّ لها مهرَ مثلِ نسائِها، لا وكْسَ ولا شَطَط»[2].

فأوجب الوسَطَ من ذلك، فلذلك قلنا في الوصيف إذا أُطْلِق، أنَّ لها الوسط منه.

* **قال**: (وقيمةُ الوصيف الأبيض خمسون ديناراً في قول أبي حنيفة، وفي قول أبي يوسف ومحمد، علىٰ قَدْرِ الغلاء والرُّخْصِ).

قال أحمد: ليس هذا الذي ذَكَرَه اختلافاً بينهم، وقولُهم جميعاً في ذلك واحد، ولكنَّ أبا حنيفة أجاب بما كانت عليه قيمة الوصيف في وقته،

---

(١) تقدم.

(٢) تقدم.

ولم يقل لا يجوز غيرها إن زادت القيمة أو نَقَصَت، وأجاب أبو يوسف ومحمد عن الواجب منه في سائر الأوقات.

مسألة : [زواج المسلم امرأةً علىٰ خمر أو خنزير]

قال : (ومَن تزوَّج وهو مسلمٌ امرأةً علىٰ خمرٍ أو خنزير، فالنكاح جائز، ولها مهر المثل).

وإنما جاز النكاح؛ لأن عدم البدل لا يقدح في عقد النكاح، ففسادُه أَحرَىٰ أن لا يقدح فيه.

وأيضاً: النكاح لا تُفسده الشروطُ الفاسدة، لأنَّ كلَّ عقدٍ يصح علىٰ بدلٍ مجهول: لا يُفسدُه الشرط؛ لأن الشرط الفاسد ليس بأكثر غرراً من جهالة البدل.

ووَجَبَ مهر المثل؛ لأن عقد المسلم لا يصح علىٰ الخمر بحال، فلم تثبت تسمية، إذ لم يدخل تحت العقد، ألا ترىٰ أنه لا يجوز أن تلحقه إجازة.

مسألة : [لو تَزوَّج امرأتَيْن علىٰ مهرٍ معيَّن]

(ومَن تَزوَّج امرأتَيْن علىٰ ألف درهم: قُسِمَ علىٰ مهر مثلِهما).

وذلك لأنه جَعَلَ الألفَ بدلاً من بُضْعَيْهما، فوَجَبَ أن يُقْسَمَ علىٰ قيمتهما، وهو مهر المثل، كما لو اشترىٰ عبدَيْن بألف درهم: قُسِمَ الثمن علىٰ قيمتهما.

مسألة : [إذا اختلف مهر السرِّ والعلانية : أُخذ بمهر السِّرِّ]

قال : (ومَن تَزوَّج امرأةً علىٰ صداقٍ في السِّرِّ، وأسمع في العلانية أكثرَ منه، واتفقا علىٰ ذلك: فالمهر مهر السِّرِّ، وما أظهراه في العلانية فهو

كَذِبٌ ليس بتسمية، فإن اختلفا: أُخِذَ بالعلانية).

لأنا لا نعلم ما كان في السِّرِّ.

مسألة: [لو تصرفت المرأة في المهر باستغلالٍ ونحوه]

قال: (وإذا أَغَلَّ[1] العبدُ المهرُ عند المرأة، ثم طلَّقها قبل الدخول: فله نصفُ العبد، والغَلَّةُ كلُّها للمرأة).

لما روي عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم «أنه قَضَىٰ فيمَن اشترىٰ عبداً، فأغلَّ عبدُه، ثم وَجَدَ به عيباً أنه يردُّه، وتكون الغَلَّةُ له بالضمان»[2].

[مسألة:]

قال: (ولو نَقَصَ العبدُ عندها قبل الطلاق، ثم طلَّقها: فهو بالخيار، إن شاء أخذ نصفَه ناقصاً، ولا شيءَ له غيره، وإن شاء ضَمَّنها نصفَ قيمته يومَ القبض).

وذلك لأنها قد لَزِمَها ردُّ نصفه إليه صحيحاً كما قَبَضَت، كما يلزم الزوجُ تسليمَه إليها كما اقتضاه العقدُ من الصحة، فإذا نَقَص: فللزوج أنْ

---

(١) الغلة: كل ما يحصل من ريع أرض، أو كرائها، أو أجرة غلام، ونحو ذلك، كما في المغرب ٢/ ١١٠، والمراد هنا: أنها استغلته حتىٰ حصل لها منه فائدة، والله أعلم.

(٢) سنن أبي داود ٣/ ٧٨٠ وقال: هذا إسناد ليس بذاك، وأخرجه الترمذي مختصراً ٣/ ٥٨٢ وقال: حديث حسن صحيح غريب، وقال: وتفسير الخراج بالضمان: هو الرجل يشتري العبد، فيستغله، ثم يجد به عيباً، فيرده علىٰ البائع: فالغلة للمشتري، لأن العبد لو هلك، هلك من مال المشتري.اهـ، وقد صحَّح الحديث ابن القطان، كما في التلخيص الحبير ٣/ ٢٢.

يعدِل إلىٰ القيمة، ليَسْتَوفِيَ القيمة التي استحقَّ ردَّها إليه، وليس له أن يضمِّنَها النقصان ويأخذ نصفَ العبد، مِن قِبَل أنَّ النقصان حَدَث ولا حقَّ فيه لأحدٍ، فلم يكن مضموناً.

[مسألة :]

قال : (ولو أَحدثتْ في الدار المهر بناءً، ثم طلَّقها قبل الدخول: لم يكن له سبيلٌ علىٰ الدار).

وذلك لأنها بَنَتْ ولا حقَّ لأحدٍ فيها، فليس للزوج أن يَنقُضَه، ولا يُمْكِنُه أخذُ نصف الدار دون البناء؛ لأنَّ فيه إيجابَ نقض البناء، وقد بيَّنَّا أنه لا سبيلَ له إلىٰ نَقْضه، ولا يمكنه أخذها مع البناء؛ لأنه مِلْكُها، فلما تعذَّر الردُّ من جميع الوجوه: ضَمِنَت القيمة.

وأيضاً: فالبناء مع الأصل بمنزلة الوَلَد.

* ولو كان المهرُ جاريةً، فولدت في يدها، ثم طلَّقها قبل الدخول: كان له نصفُ قيمتها لا غير، وكان حدوثُ الولد مانعاً من فسخ العقد في الأصل، كذلك البناء.

مسألة : [زيادةُ الأمة الجارية المهر]

قال : (وإذا زادت الجاريةُ في بدنها في يد المرأة، ثم طلَّقها قبل الدخول: فلا سبيلَ علىٰ الجارية، ويأخذُ نصفَ قيمتها يوم قبضت، في قول أبي حنيفة وأبي يوسف).

وذلك لأن هذه الزيادة حادِثَةٌ في ضمان المرأة، في حالٍ لم يكُنْ لأحدٍ فيها حق، فصارت كالولد، ومَنَعَت الرجوعَ في الأصل.

ولم يُفرِّق أبو حنيفة بين الزيادة المتَّصِلَة والمُنْفَصِلة، إذ كلُّ واحدةٍ

منهما حادِثةٌ في ضمان المرأة ومِلْكِها، من غير حقٍّ لأحد فيها.

وأما محمد فإنه فرَّق بين الزيادة المتَّصِلَة والمُنْفَصِلَة، فقال في الزيادة المنفصلة: إنها تمنعُ الرجوعَ في الأصل، كما قال أبو حنيفة.

وقال في الزيادة المتَّصِلة: إنها لا تَمْنَعُه؛ لأن المتَّصِلَةَ تابِعَةٌ للأصل، لا حُكْمَ لها في نفسها، والمنفصلة منفردةٌ بحُكْمِها بعد مباينتها للأصل، ألا ترىٰ أنها لو زادت في بَدَنِها عند الزوج، ثمَّ قبضتها[1]، ثم ارتَفَعَت الزيادة، ثمَّ طلَّق قبل الدخول: أنه يأخذُ نصفها لا غير، ولو كانت ولدت في يده، ثم قَبَضَتْها، فهلك الولد، ثم طَلَّقها: أنه يضمِّنُها نصفَ قيمة الولد، فاختَلَف حُكمُ الزيادة المتَّصِلَة والمنفصلة.

والولدُ الحادِث في يدِها يقطعُ حقَّ الزوج في أخذِها بالطلاق قبل الدخول، مِن قِبَل أنَّ الولدَ غيرُ داخلٍ في العقد، وهو مع ذلك موجَبٌ بالعقد، علىٰ ما بيَّنّا في الردِّ بالعيب في أبواب البيوع.

مسألة: [طلاق المرأة قبل الدخول وقد سلَّمَها العبدَ المهرَ]

قال: (ومَن تزوَّج امرأةً علىٰ عبدٍ، وسلَّمَه إليها، فقَبَضَتْه منه، ثم طلَّقَها قبل الدخول: فإن نصفَ العبد في يدها علىٰ حُكْمِ ملكٍ فاسدٍ، حتىٰ تُسَلِّمَه إلىٰ الزوج، أو يقضي به القاضي له).

وذلك لأن العقدَ الموجِب كان للمِلك بَدْءاً، وقد ارتفع بالطلاق، فوجب فسخ الملك في المهر، ولم ينفسخ ملكها بنفس الطلاق، مِن قِبَل أنَّ التسليطَ الذي به صحَّ لها الملك قائمٌ مع القبض، والتسليطُ عن العقد متىٰ اتصل به القبض: أوجب المِلكَ مع فساد العقد، كالمقبوض عن بيعٍ

(١) في الأصل: (قبضها).

فاسدٍ، لما اتصل القبض بتسليطٍ عن عقد، وقع به الملك مع فساد العقد، وكذلك ما وصفنا، لَمَّا كان التسليطُ الواقعُ عن العقـد بَـدْءاً مـع القـبض، فإنما وَجَبَ أن يكون الملكُ باقياً حتىٰ ينفسخ.

مسألة : [للمرأة منعُ نفسِها حتىٰ تستوفِيَ مهرَها العاجِل]

قال : (ومَن تزوَّج امرأةً علىٰ صداقٍ عاجلٍ: فلها أن تَمْنَعَه نفسَها حتىٰ يوفِّيَها جميعَ الصداق).

كما للبيِّع منعُ المبيع حتىٰ يستوفيَ الثمن، إذ كان المهرُ بـدل البُـضْع، كالثمن بدلُ المبيع.

* (وإن دخل بها برضاها: فلها أَنْ تمنَعَه نفسَها أيضاً حتىٰ يوفِّيَها المهرَ في قول أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف ومحمد: إن دخل بها برضـاها: فلـيس لهـا أن تمنَعَـه نفسَها بعد ذلك).

وجه قول أبي حنيفة: أنَّ المهرَ بدلٌ عن كلِّ وطءٍ يقع في النكـاح، ولا يجوز أن يقال إنه بدل عن بعض ما يقع من الوطء فيه دون بعض؛ لأنه لـو كان كذلك، لكان مستبيحاً للوطء الثاني بغير بدل، وهذا فاسد، فلما كـان المهر بدلاً عن الوطء الثاني، كهو عن الوطء الأول، وكـان لهـا أن تمنَعَـه الوطء الأول بالمهر، كذلك الثاني.

وليس كالمَبيع إذا رضي البيِّع بتسليمه إلىٰ المشتري قبل قبض الـثمن، فلا يكون له بعد ذلك حبسُه، ولا أَخْـذُه مـن يـد المـشتري، مِـن قِبَـل أنَّ المبيع ليس له إلا تسليمٌ واحد، والنكاح تستحق به عن كل وطء يقع فيه.

ويفارق الإجارة أيضاً، من قِبَل أنه لا يستحق الأجـر إلا بعـد التـسليم واستيفاء جميع المنافع.

ويدل علىٰ صحة ما ذكرنا أنَّ المهر بدل عن كل وطء يقع في النكـاح: أنه لو دَخَلَ بها وهي مكرَهَة، كان لها أن تمنَعَه وطـأً آخـر حـتىٰ تـستوفيَ المهر، فدل علىٰ أن المهر بدلٌ عن الوطء الثاني كهو عن الأول.

مسألة:

قال: (وتجوز الزيادة في المهر إذا تراضيا بها).

لقـــــول الله تعـــــالىٰ: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَاضَيْتُم بِهِۦ مِنۢ بَعْدِ ٱلْفَرِيضَةِ﴾[1]، وظاهر هذا اللفظ يقتضي جوازَ الزيادة والنقصان.

وأيضاً: فإنهما يملِكَان العقد، فجاز أن يزيدا فيه، كما جاز أن يتساهلا فيه بَدْءاً في حال وقوعه إذ كانا مالكَيْن للعقد.

والدليل علىٰ أنهما مالكان للعقد قبل وقوعه: أنه جائز للزوج أن يعاوضها علىٰ البُضْع، فيأخذ منها بدله بالخلع.

مسألة: [بطلانُ الزيادة علىٰ المهر بالطلاق قبل الدخول]

قال: (فإن طلَّقها قبل الدخول بَطَلَت الزيادة).

وذلك لأنّها تَلحقُه بالعقد، والعقدُ قد بَطَلَ، فبطل ما أُلحِقَ به.

ولأن هذه الزيادة لم تكن مسمَّاةً بالعقد، وكلُّ ما لم يكن مسمَّىٰ في العقد، فإن ورودَ الطلاق قبلَ الدخول يُبْطِلُه.

والدليلُ علىٰ ذلك: أنه لو تزوَّجها علىٰ غير مهر: وَجَبَ لها مهرُ المثل، ويُسْقِطُه الطلاقُ قبل الدخول إذا لم يكن مسمَّىٰ في العقد.

---

(١) النساء: ٢٤.

مسألة : [بطلان الزيادة في المهر إن كان مما يثبت في الذمة]

قال : (ومَن تزوَّج امرأةً علىٰ دنانير أو دراهم بأعيانها: كان له أن يُعطيَها غيرَها، وكذلك الفلوسُ النافقة، فأما ما سوىٰ ذلك إذا عُقِدَ عليه بعينه: فليس له أن يعطِيَها غيرَه).

وذلك لأنَّ هذه الأصناف الثلاثة لَمَّا كانت أثمانَ الأشياء، وصحَّ العقد عليها في البيوع علىٰ الإطلاق من غير ذِكْر صفة، دَلَّ علىٰ علىٰ أنَّ العقدَ يقتضي ثبوتَها في الذمة، وتعيينُها يمنعُ ثبوتَها في الذمة، وقد بيَّنَّا أنَّ ثبوتَها في الذمة من موجَب العقد، فلا ينتفي موجَبُه مع وجوده، فلذلك ثبتت في الذمة مع التعيين، وإذا ثبتت في الذمة امتنعَ وقوعُ الملك في العين بالعقد؛ لأنه لا يجوز أن يستحقَّ مِلكَ[1] العين، وما في الذمة.

وأمَّا ما سوىٰ هذه الأصناف التي ذكرنا، فإنه لا يصح فيه عقود البياعات وإثباته في الذمة إلا مضبوطاً بصفة، فعَمِل التعيين في استحقاق عينه، إذ ليس يقتضي العقد ثبوته في الذمة.

فإن قال قائل: إنما جاز عقدُ البيع علىٰ دراهم في الذمة علىٰ الإطلاق، لجريان العادة فيها بنَقْدٍ معلوم، فصار جريان العادة فيه بمنزلة اللفظ، وما سواها لم يَجْرِ من الناس به عادة في شيء موصوف معلوم، فعُمِل بإطلاق اللفظ عليه.

قيل له: فلهذه العلة بعينها اختلف حُكْمُها، وحُكْمُ غيرها من سائر العروض، إذ جاز أن تكون من الناس عادةٌ تقتضي إثبات الدراهم والدنانير والفلوس في الذمة علىٰ الإطلاق، ولم يَجْر منهم عادة في

(١) في الأصل: (مالك).

غيرها، وقد بيَّنَّا هذه المسألة في غير هذا الموضع.

مسألة : [طلاق المرأة قبل الدخول وقد وهَبَتْه مهرَها]

قال : (وإذا وَهَبَت المرأةُ المهرَ للزوج قبل القبض، ثم طلَّقها قبل الدخول: فلا شيء له عليها).

لأن الذي كان يستحقه الزوج بالطلاق قد رَجَعَ إليه بعقدٍ لا يوجب ضماناً عليها، وهو عقد الهبة؛ لأن عقد الهبة لا يوجب ضماناً علىٰ الواهب.

ولو قبَضَتْه، ثم وهَبَتْه له، ثم طَلَّق قبل الدخول: فإن كان ممَّا لم يكن يَستحقُّ الزوجُ عينَه بالطلاق: فعليها فيه ضمانُ نصف المهر، وما كان يستحقه الزوج بعينه: فلا ضمان عليها فيه.

فالدراهم والدنانير والمَكيل والموزون إذا عَقَدَ عليها في الذمة، ثم سلَّمَها إليها، ثم طَلَّق قبل الدخول: فإن الزوج لا يستحق عينَها، وإنما يستحق الزوج عليها نصفَها في الذمة، كما استحَقَّتْها هي علىٰ الزوج بالعقد في الذمة، فلا تُسْقِطُ عنها الهبةُ ضمانَ ما يستحقه الزوج في ذمتها.

وأما الثياب والعبيد ونحوها، فإن الزوج كان يستحق نصفَها بعينه في الطلاق قبل الدخول، وقد رجَعَتْ إليه بعقدٍ لا يوجب ضماناً عليها، فلذلك لم تَضْمَنْها.

مسألة : [مَن تزوج امرأةً علىٰ مهرٍ تُقَدِّره هي أو هو]

قال : (وإذا تزوَّج المرأةَ علىٰ حُكْمِه أو علىٰ حُكْمِها: فهو بمنزلة مَن لم يُسَمِّ مهراً).

وذلك لأن جهالتَه أكثرُ من جهالة مهرِ المثل، وكان مهر المثل أعدلَ منه.

مسألة : [لا نفقة علىٰ الزوج للصغيرة]

قال : (ولا نفقة علىٰ الزوجِ للصغيرة التي لا يُدْخَلُ بمِثْلِها).

لأن النفقةَ إنما تُستَحَقُّ بتسليمها نفسَها في بيت زوجها، بدلالة أن الناشِزَ لا نفقةَ لها، لعدم التسليم، والصغيرةُ لا يصح منها التسليم.

مسألة : [وجوبُ النفقة علىٰ الزوجِ الصغير للمرأة الكبيرة]

«ولو كان الزوجُ صغيراً والمرأةُ كبيرةً: فلها النفقة إذا انتقلتْ إلىٰ بيته).

لأن التسليم في بيت الزوج قد صحَّ من جهتها، والله أعلم.

* * * * *

باب الوَلِيمة وعِشْرة النساء

مسألة: [حكم إجابة الدَّعوة إلىٰ وليمة العُرْس]

قال أبو جعفر: (ولا ينبغي التخلُّف عن إجابة الدَّعوة إلىٰ وليمةِ العُرْس).

وذلك لما روىٰ مالكٌ عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنه أن رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم قال: «إذا دُعِيَ أحدُكم إلىٰ وليمةٍ فليأتها»(١).

وروىٰ مالك عن ابن شهاب عن الأعرج عن أبي هريرة رضي الله عنه أنه كان يقول: «شَرُّ الطعام طعامُ الوليمة، يُدعىٰ إليها الأغنياء، ويُترَكُ المساكين، ومَن لم يأتِ الدَّعوةَ فقد عصىٰ اللهَ ورسولَه»(٢).

وروىٰ أبان بن طارق عن نافع قال: قال ابن عمر: قال رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم: «مَن دُعِيَ فلم يُجِبْ، فقد عصىٰ اللهَ ورسولَه»(٣).

---

(١) صحيح البخاري ٩/٢٤٠، صحيح مسلم ٢/١٠٥٢.

(٢) صحيح البخاري ٩/٢٤٤، صحيح مسلم ٢/١٠٥٤. «وأول هذا الحديث موقوف، ولكن آخره يقتضي رفعه»، كما في فتح الباري ٩/٢٤٤.

(٣) سنن أبي داود ٤/١٢٥ وقال أبو داود: أبان بن طارق مجهول. اهـ لكن تقدم معنىٰ الحديث في الصحيحين، وقد ذكر رواية ابن عمر هذه ابن حجر في الفتح ٩/٢٤٥ في الزيادات، وينظر نصب الراية ٤/٢٢١.

[مسألة : عدم لزوم الأكل في الوليمة :]

قال أبو جعفر : (ومَن أجاب إليها، فقد فَعَلَ ما عليه، أَكَلَ أو لم يأكل).

لما روىٰ عبيد الله عن نافع عن ابن عمر قال قال رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم: «إذا دُعيَ أحدُكم إلىٰ وليمةٍ فليأتها، فإن كان مُفطِراً فليَطْعَم، وإن كان صائماً فليَدْعُ»[1].

مسألة : [حكم حضور الدَّعوة التي فيها لَهْو]

قال : (وإن أجاب إليها فرأىٰ هناك لَهْواً: لم يكن عليه أن ينصرف عنها لذلك).

وذلك أن إجابة الدعوة سُنَّة، فلا ينبغي أن يَتركها لباطل هؤلاء[2].

وقد روي أن الحسنَ وابنَ سيرين كانا في جنازةٍ، وهناك نَوْحٌ، فانصرف ابنُ سيرين، فقيل ذلك للحسن، فقال: إنْ كنا متىٰ رأينا باطلاً، تَرَكْنا حقًّا، أسرع ذلك في دِيننا»[3].

---

(١) صحيح مسلم ٢/١٠٥٤ بلفظ: «وإن كان صائماً فليصلِّ»، وبلفظ: «فليدع» عند أبي داود ٤/١٢٤.

(٢) «وهذا إذا لم يكن مقتدىٰ به، فإن كان مقتدىٰ به، ولم يقدر علىٰ منعهم: يخرج ولا يقعد، لأن في ذلك شَيْن الدين، وفتح باب المعصية علىٰ المسلمين... وهذا كله بعد الحضور، ولو علم قبل الحضور: لا يحضر»، كما في الهداية للمرغيناني ٤/٨٠ واعتمده شراح الهداية، كما في البناية ٩/٢٠٤ وغيره، وينظر فتح الباري ٩/٢٥٠ ففيه بيان مفيد لهذه المسألة.

(٣) بلفظ قريب عن الحسن في مصنف ابن أبي شيبة ٣/٢٨٥.

مسألة : [نِثَارُ العُرْسِ]

(ولا بأس بنِثار العُرْس، وليس بنُهْبة[١]، إنما النُّهْبةُ ما انتهبه بغير طِيْبِ أنفُس أهله».

وذلك لما روىٰ حَمَّاد بن زيد عن أيوب عن الحسن عن أبي هريرة قال: «شهدتُ رسولَ الله صلىٰ الله عليه وسلم، وقد دُعِيَ إلىٰ وليمةِ رجلٍ من الأنصار، فأجاب، وكان خاطبَهم، فلمَّا فَرَغَ مِن خُطبته قال: دَفِّفُوا علىٰ رأس صاحبكُم، فضُرِبَ بالدُّفِّ علىٰ رأسه، ثم أتَوْا بنَهْبٍ، فأُنْهِبَ عليه، ونَظَرْتُ إلىٰ رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم يَزْحَمُ الناسَ، ويحثُو ذلك النَّهْب.

فقلتُ: يا رسول الله! أوَ ما نَهَيْتَنا عن النُّهْبة؟

قال: نَهَيْتُكم عن نُهْبة العَسَاكر[٢]»[٣].

وروىٰ ثور عن يزيد عن خالد بن مَعْدان عن معاذ بن جبل نحو هذه القصة: ونُثِرَ علىٰ الرجل فاكهةٌ وسُكَّر، وكَفَّ الناسُ أيدِيَهم.

فقال رسولُ الله صلىٰ الله عليه وسلم: «ما لَكُم لا تَنتَهِبون؟

---

(١) الانتهاب: هو الغلبة علىٰ المال والقهر، المصباح المنير (نهب).

(٢) المقصود به والله أعلم، ما ورد في صحيح البخاري ٥/١١٩، وفيه «نهىٰ النبي صلىٰ الله عليه وسلم عن النهبىٰ والمثلة». قال ابن حجر في الفتح ٥/١٢٠: وكان من شأن الجاهلية انتهاب ما يحصل لهم من الغارات اهـ، فالمقصود بنهبة العساكر ما يؤخذ في الغزوات قبل القسمة، والله أعلم.

(٣) لم أهتد إليه بهذا اللفظ، وسيأتي قريباً بلفظ قريب، وهو في كتب السنن.

قالوا: يا رسول الله! ألم تَنهَنا عن النُّهْبة؟

فقال: إنما نهيتُكم عن نُهْبة العَسَاكر، وأما العُرُسَات[١] فلا»[٢].

مسألة: [العَدْل بينَ الزوجات في القَسْم]

قال: (وإذا كان للرجل زوجتان حُرَّتان: فعليه أن يَعْدِل بينهما في القَسْم).

لقول الله تعالىٰ: ﴿وَلَن تَسْتَطِيعُوٓاْ أَن تَعْدِلُواْ بَيْنَ ٱلنِّسَآءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ﴾[٣]، يعني في محبة القلب، ثم قال: ﴿فَلَا تَمِيلُواْ كُلَّ ٱلْمَيْلِ﴾[٤]، يعني بأن تُظهِروا ذلك بالفعل.

وروي أن النبيَّ صلىٰ الله عليه وسلم كان يَعْدِل بين نسائه في القَسْم، ثم يقول: «اللهم هذا قَسْمِي فيما أَمْلِكُ، فلا تؤاخِذْني بما تَمْلِكُ ولا

---

(١) العُرس: بالضم وبضمتين: طعام الوليمة، يسمىٰ باسم سببه، وجمعها: عُرُسات: بضمتين، كما في تاج العروس (عرس).

(٢) شرح معاني الآثار ٣/٥٠، سنن البيهقي ٧/٢٨٨ وقال: في إسناده مجاهيل وانقطاع، وقال الذهبي في المغني في الضعفاء ٢/١٣٥: خبر منكر، وينظر التلخيص الحبير ٣/٢٠٠ ففيه بيان ضعفه الشديد.

لكن روىٰ أبو داود في سننه ٢/٣٦٩ وسكت عنه هو والمنذري في اختصاره ٢/٢٩٦، وحسنه البيهقي ٧/٢٨٨ في حديث ذبح النبي صلىٰ الله عليه وسلم خمس شياه يوم النحر، وفيه قال: «من شاء فليقتطع»، مما يدل علىٰ جواز النهبة، والله أعلم.

(٣) النساء: ١٢٩.

(٤) النساء: ١٢٩.

أَمِلِك»[١]، يعني مَيْل القلب.

وقال النبي صلىٰ الله عليه وسلم: «مَن كانت له امرأتان فمال إلىٰ إحداهما دون الأخرىٰ، جاء يوم القيامة وشِقُّه مائل»[٢].

مسألة: [قَسْم الأمة مع الحُرَّة]

قال: (وإن كانت إحداهما أمةً: فلها مِثلُ نصف قَسْم الحُرَّة).

وذلك لما روىٰ الحسن عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم أنه قال: «تُنكَحُ الحُرَّةُ علىٰ الأمة، وللحُرَّة الثلثان من القَسْم، وللأمة الثلث»[٣].

---

(١) سنن أبي داود ٦٠١/٢، سنن النسائي ٦٤/٧، سنن الترمذي ٤٤٦/٣، ورجح هو والنسائي إرساله، المستدرك للحاكم ١٨٧/٢ ووافقه الذهبي علىٰ تصحيحه، صحيح ابن حبان (موارد الظمآن) ص/٣١٧ (١٣٠٥)، وقد صحح ابن حبان وصله، وكذا الحاكم، كما قال ابن الملقن في تحفة المحتاج ٣٩٠/٢، لكن قال ابن حجر في التلخيص الحبير ١٣٩/٣: «قال أبو زرعة: لا أعلم أحداً تابع حماد بن سلمة علىٰ وصله».

(٢) سنن أبي داود ٦٠١/٢، سنن النسائي ٦٣/٧، سنن الترمذي ٤٤٧/٣ وقال: لا نعرف هذا الحديث مرفوعاً إلا من حديث همام، وهمام ثقة حافظ، سنن ابن ماجه ٦٣٣/١، المستدرك للحاكم ١٨٧/٢ ووافقه الذهبي علىٰ تصحيحه، قال ابن حجر في الدراية ٦٦/٢: «رجاله ثقات... إلا أنَّ البخاري صوب أنه من رواية حماد عن أيوب عن أبي قلابة مرسلاً» اهـ.

(٣) قال ابن حجر في التلخيص الحبير ٢٠٢/٣: «روي مرسلاً، وعزاه في ١٧١/٣ لسعيد بن منصور، وعند البيهقي في السنن ٣٠٠/٧ من حديث سليمان بن يسار قال: من السنة... وروىٰ أبو نعيم في المعرفة... وساق الحديث قال: وفيه علي بن قرين، وهذا كذاب» اهـ.

وروي نحوه عن علي كرَّم الله وجهه[١].

وأيضاً: فإن القَسْم حقٌّ مقدَّر من حقوق النكاح، فللأمة منه نصفُ ما للحرَّة، كما أن عِدَّتها على النصف من عِدَّة الحُرَّة.

مسألة: [قَسْم المرأةِ الواحدة]

قال أبو جعفر: (وإن كانت له زوجةٌ واحدة، فطالَبَتْه بالقَسْم: فلها يومٌ وليلة، ثم ينصرف في أمر نفسه ثلاثةَ أيام وثلاثَ ليال).

وذلك لما روي «أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أَمَرَ كعبَ بن سُوْر أن يقضيَ في ذلك، فقَضَىٰ بأن لها يوماً من أربعة أيام، قَسْمٌ واحدٌ من أربع، فاستحسن عمرُ قضاءَه، وولاَّه قضاءَ البصرة»[٢].

* **قال أبو جعفر**: (وإن كانت زوجتُه أَمَةً، لا زوجةَ له غيرها: فلها يومٌ من سبعة أيام).

لأن له أن يتزوَّج ثلاثَ حرائرَ، لكلِّ واحدةٍ يومان، فذلك ستة، ولها يوم واحد.

[مسألة:]

(والكافرةُ والمسلمةُ في القَسْم سواءٌ)؛ لأنهما لا يختلفان في حقوق النكاح.

---

(١) سنن البيهقي ٢٩٩/٧، سنن الدارقطني ٢٥٨/٣ قال ابن الهمام في فتح القدير ٣٠٢/٣: وتضعيف ابن حزم – كما في المحلىٰ ٦٦/١٠ – إياه بالمنهال بن عمرو، وبابن أبي ليلىٰ: ليس بشيء، لأنهما ثبتان حافظان اهـ، وينظر نصب الراية ٢١٥/٣.

(٢) طبقات ابن سعد ٩٢/٧ في ترجمة كعب بن سور.

مسألة : [إباحة زوجة قَسْمَها لغيرها]

قال : (ومَن أباحَتْه منهن قَسْمَها، وجَعَلَه لسائر أزواجه سواها أو لبعضهنَّ: كان ذلك علىٰ ما جَعَلَتْ عليه).

وذلك لقول الله تعالىٰ: ﴿وَإِنِ ٱمْرَأَةٌ خَافَتْ مِنۢ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَآ أَن يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا﴾[1]، فإنها نزلت في مثل ذلك[2].

«وسألتْ سَوْدَةُ بنتُ زَمْعَة النبيَّ صلىٰ الله عليه وسلم وقد كان طلَّقها[3] أن يراجِعَها، ويجعلَ يومَها لعائشة رضي الله عنها، ففعل ذلك»[4].

مسألة : [البِكْر والثيب والجديدة والعَتِيقة في القَسْم سواء]

قال : (ومَن تزوج بِكراً أو ثيباً، فإنه إن أقام عندها وقتاً: أقام عند غيرها مثل ذلك، لا يفضِّلُها في ذلك علىٰ واحدة منهن).

وذلك لقول الله تعالىٰ: ﴿ وَلَن تَسْتَطِيعُوٓا۟ أَن تَعْدِلُوا۟ بَيْنَ ٱلنِّسَآءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ ۖ فَلَا تَمِيلُوا۟ كُلَّ ٱلْمَيْلِ﴾[5].

---

(١) النساء: ١٢٨.

(٢) صحيح البخاري ٩/٣٠٤، وينظر فتح الباري ٨/٢٦٦.

(٣) بيَّن الحافظ ابن حجر في الفتح ٩/٣١٣ بأنه قد تواردت الروايات علىٰ أنها خشيتْ الطلاق، فوهبت، لا أنه صلىٰ الله عليه وسلم طلقها، والرواية التي ذكرت أنه طلقها هي مرسلة.

(٤) صحيح البخاري ٩/٣١٢، صحيح مسلم ٢/١٠٨٥.

(٥) النساء: ١٢٩.

وقال النبي صلىٰ الله عليه وسلم: «مَن كانت له امرأتان فمال إلىٰ إحداهما دون الأخرىٰ، جاء يوم القيامة وشقُّه مائل»[١].

فلم تُفرِّق الآية، ولا السُّنَّة بين المحدَثة والقديمة.

وأيضاً «قال النبي صلىٰ الله عليه وسلم لأُمِّ سَلَمَة حين بنىٰ عليها: ليس بكِ علىٰ أهلك هَوَان، إن شئتِ سبَّعْتُ لك، وسبَّعْتُ لهنَّ، وإن شئتِ ثلَّثْتُ، ودُرْت»[٢].

فأخبر أنه إذا سبَّع لها: سبَّع لهنَّ، ولو كانت مستَحِقَّةً لشيءٍ من القَسْم دونهن لاستثنىٰ لها مقدارَ ما تستحقُّه، وأوجب الزيادة للباقيات منهن.

ولو كانت مستَحِقَّةً إذا كانت ثيباً أن يخصَّها بثلاث، ثم سبَّع لها، لا تسقط منها الثلاث التي تستحقها، وبقي لكلٍّ واحدةٍ أربع، فلما سوَّىٰ بينها وبينهن في السَّبع، دلَّ علىٰ أنهن في الثلاث سواء أيضاً، وأنها ليست تُخَصُّ بقَسْمٍ دون الباقيات.

فإن قيل: قوله: «وإن شئتِ ثلَّثْتُ لك، ودُرْتُ»: يدل علىٰ أنها مستحقة الثلاث.

قيل له: هي مستحقة الثلاث علىٰ شرط أن يقسم للباقية ثلاثاً أيضاً، كما قال في السبع.

(١) تقدم.

(٢) صحيح مسلم ٢/١٠٨٣.

مسألة :

قال : (وله أن يسافر ببعض نسائه دون بعض).

قال أحمد : وذلك لأنه ليس لهنَّ حقُّ القَسْم في السفر، ألا ترىٰ أنه له أن يسافر دونهن.

وأيضاً: «رَوَتْ عائشةُ أن النبيَّ صلىٰ الله عليه وسلم كان إذا أراد سفراً أَقرَعَ بين نسائه، فأيَّتهنَّ خرج سهمُها: أخرجها»(١).

* **قال** : (والأحسنُ أن يُقْرِعَ بينهن).

وذلك لما روي عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم «أنه كان يُقْرِع بين نسائه، فأيَّتهنَّ خَرَجَ سهمُها أخرجها»(٢).

وأيضاً: فإذا أخرجها بغير قُرْعةٍ، كان فيه إظهارُ المَيْل إلىٰ بعضهن دون بعض، وهو منهيٌّ عنه.

مسألة : [حكم العَزْل]

قال : (وليس للرجل أن يَعزِل عن زوجته الحرَّة إلا بإذنها، وإن كانت أمَةً: فالإذن في العزل إلىٰ المولىٰ).

وذلك لما حدثنا عبد الباقي بن قانع قال: حدثنا أحمد بن سَهْل بن أيوب قال: حدثنا حميد بن عثمان قال: حدثنا ابنُ وهب قال: حدثنا ابن لَهِيْعَة عن جعفر بن ربيعة عن الزهري عن المحرَّر بن أبي هريرة عن أبي هريرة قال: «نَهَىٰ رسولُ الله صلىٰ الله عليه وسلم عن العَزْل

---

(١) صحيح البخاري ٢١٨/٥، صحيح مسلم ٢١٣٠/٤.

(٢) تقدم.

عن الحرَّة إلا بإذنها»[١].

وأيضاً: قال الله تعالىٰ: ﴿فَٱلْـَٔـٰنَ بَـٰشِرُوهُنَّ وَٱبْتَغُوا۟ مَا كَتَبَ ٱللَّهُ لَكُمْ﴾[٢]، قيل في التفسير[٣]: يعني مِن الولد.

وأيضاً: فإن الولد يكون لها إذا كانت حُرَّة، فليس له أن يَمْنَعَها حقَّها من الولد.

* وأما الزوجة الأَمَة، فالإذن في العَزْل إلىٰ مولاها؛ لأنه هو المستَحِقُّ للولد دونَها.

* **قال**: (وروىٰ الحسنُ بن زياد عن أبي يوسف: أن الإذن في العزل عن الزوجة الأَمَة إليها دون مولاها كالحرَّة، وإذا كانت أمتُه بمِلكِ اليمين: فله أن يَعْزِل عنها).

وذلك لما حدثنا عبد الباقي بن قانع قال: حدثنا محمد بن عَبْدُوس بن كامل قال: حدثنا علي بن الجَعْد قال: حدثنا زهير عن أبي الزبير عن جابر قال: «جاء رجلٌ إلىٰ النبي صلىٰ الله عليه وسلم فقال: إنَّ لي جاريةً وهي خادمتنا، وأنا أطوف عليها، وأنا أكره أن تَحبل.

فقال: اِعْزِل عنها إن شئتَ، فسيأتِيَها ما قُدِّرَ لها، فلبث الرجل، ثم

---

(١) سنن ابن ماجه ٦٢٠/١، قال في الزوائد: في إسناده ابن لهيعة، وهو ضعيف، مسند الإمام أحمد ٣١/١، وقال ابن تيمية (الجد) في المنتقىٰ ٥٦٤/٢: «إسناده ليس بذاك».

(٢) البقرة: ١٨٧.

(٣) جامع البيان للطبري ١٦٩/٢.

أتاه، فقال: قد حَبِلَت، فقال: قد أخبرتُكَ أنه سيأتيْها ما قُدِّرَ لها»[١].

مسألة: [حكم مَن تزوَّج حرةً وأَمَةً في عُقْدةٍ واحدة]

قال: (ومَن تزوَّج حُرَّةً وأَمَةً في عُقْدةٍ واحدة، جاز نكاح الحرَّة، وبَطَلَ نكاحُ الأمة).

قال أحمد: وذلك أنه إذا جَمَعَهما في عُقْدة واحدةٍ، صارت كلُّ واحدةٍ منهما منكوحةً علىٰ الأخرىٰ[٢].

فقلنا علىٰ هذا في مسألتنا: إن الأَمَةَ منكوحةٌ علىٰ الحرة، فلا يصح نكاحها؛ لأن مَن كان تحتَه حُرَّةَ: لم يجز أن يتزوَّج عليها أَمَة، والحُرَّةُ أيضاً منكوحةٌ علىٰ الأمة، ويجوز نكاحُها؛ لأن مَن كان تحته أَمَة جاز أن يتزوَّج عليها حُرَّة.

مسألة: [حكم الزواج من أمةٍ في عِدَّةِ حُرَّةٍ منه]

قال أبو جعفر: (ومَن تزوَّج أمةً في عِدَّة حُرَّة منه من طلاق بائن: لم يَجُزْ ذلك في قول أبي حنيفة، وجازَ ذلك في قول أبي يوسف ومحمد).

وجه قول أبي حنيفة: أنّ العِدَّة تمنع من الجمع ما يمنعه نَفْسُ النكاح، والدليل علىٰ ذلك: أن حال العِدَّة بمنزلة حال النكاح في مَنْع نكاح أختِها؛ لأن تحريمَها من طريق الجمع، كذلك في نكاح الأَمَة؛ لأن نكاحها محرَّمٌ مع الحرة من طريق الجَمْع.

---

(١) صحيح مسلم ٢/١٠٦٤.

(٢) في الأصل: (الأخرىٰ، ولذلك بطل نكاحهما جميعاً، فقلنا). والكلام السابق واللاحق يدل علىٰ غير هذا.

فإن قيل: إنما يُمنع من نكاح الأمة علىٰ الحرة؛ لأنه أدخل عليها في القَسْم مَن لا يساويها فيه، وهذا المعنىٰ غير موجود بعد البينونة.

قيل له: فهو لو تزوَّجهما معاً لم يجُزْ نكاح الأمة وإن لم يكن هناك للحرة قَسْم، فدل ذلك علىٰ أن تحريم جمْع الأمة إلىٰ الحرة غير مقصور علىٰ ما ذكرتَ في المعنىٰ، وأنه قد يجوز تحريمُ جمعِها إليها بمعنىٰ سواه.

* وذهب أبو يوسف ومحمدٌ إلىٰ منع تزويج الأمة علىٰ الحرة، لأجل إدخال الضرر عليها في القَسْم بمَن لا يساويها فيه، وذلك غير موجود بعد بينونة الحرة[1].

مسألة:

قال أحمد: وإنما جاز تزويجُ الأمة، مع وجود الطَّوْل إلىٰ الحرة، لقولِ الله تعالىٰ: ﴿فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ﴾[2] إلىٰ قوله: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُواْ فَوَٰحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ﴾[3]، وهذه الآية تنتظم الدلالة علىٰ صحة قولنا من وجهَيْن:

أحدهما: عموم قوله تعالىٰ: ﴿فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ﴾.

والثاني: قوله: ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ﴾، فاقتضىٰ اللفظُ التخييرَ بين تزويج الأمة والحرة؛ لأن ابتداء الخطاب وارد في جواز عقد النكاح، وهو

---

(١) ولذلك جاز تزوج الأمة في عدة الحرة من طلاق بائن.

(٢) النساء: ٣.

(٣) النساء: ٣.

قوله: ﴿فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ﴾، وهو مُضْمَر في قوله: ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ﴾، فكأنه قال: فاعِقُدوا عقدَ النكاح إن شئتم علىٰ حرة أو أَمَة؛ لأن قوله: ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ﴾: لا يقوم بنفسه في إيجاب الحُكْم، إذ لا يصح ابتداء الخطاب به، فلا محالة هو مُضْمَرٌ فيما تقدَّم ذِكْره من عقد النكاح.

فإن قيل: ما ذكرت[1] يحتمل أن يكون المراد التخيير بين تزويج الحرة، أو وطء ملك اليمين.

قيل له: ليس في الآية ذكر الوطء، وإنما فيها ذِكْر العقد، فلا يجوز إضمار ما ليس بمذكورٍ فيها، لأنَّ كلَّ مُضْمَرٍ فلا بدَّ له من مُظْهِرٍ قد تقدَّم ذِكْره.

فإن قيل: لمَّا كان معلوماً امتناعُ جواز عَقْدِه علىٰ مِلْك يمينه لنفسه، لاستحالة استباحة الوطء بملك يمينه والنكاح معاً، عَلِمْنا أن الوطء مضمَرٌ في الآية.

قيل له: لمَّا أضافَ ملكَ اليمين إلىٰ الجماعة، كان المرادُ: أن يتزوَّج مِلكَ يمين غيره، كما قال تعالىٰ: ﴿وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلًا أَن يَنكِحَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ فَمِن مَّا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُم مِّن فَتَيَٰتِكُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ﴾[2]، والمراد أن ينكح بعضُنا مِلكَ يمين البعض.

ودليلٌ آخر: وهو قوله: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ أَن تَبْتَغُواْ

---

(١) في الأصل: (ما أنكرت)، وينظر أحكام القرآن ٢/٥٥.

(٢) النساء: ٢٥.

بِأَمْوَٰلِكُم ﴾[١]، ولم يفرِّق بين الأمة والحرَّة، ولا بين حال الطَّوْل وغيرها.

ودليلٌ آخر: وهو قولُه تعالىٰ: ﴿وَلَا تَنكِحُواْ ٱلْمُشْرِكَٰتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَّ وَلَأَمَةٌ مُّؤْمِنَةٌ خَيْرٌ مِّن مُّشْرِكَةٍ وَلَوْ أَعْجَبَتْكُمْ﴾[٢]، فضُمِّنَت الآية الندبَ إلىٰ نكاح الأمة المؤمنة مع وجود الطَّوْل إلىٰ الحرَّة المُشْرِكَة؛ لأنه لا يصح أن يقال: وتزويجُ أمةٍ مؤمنةٍ خيرٌ من تزويج مشركةٍ حرَّة، وهو غيرُ قادرٍ علىٰ تزويج المشركة.

فلمَّا كان ذلك كذلك، أفادت التخييرَ بين الأمة المؤمنةِ والحرَّة المشرِكةِ، ومعلومٌ أنَّ واجد الطَّوْل إلىٰ الحرَّة المشرِكةِ، فهو واجدُه إلىٰ الحرة المسلمة؛ لأن وجود الطَّوْل إنما هو وجودُ المَهْر الذي يتزوَّج عليه، والمشرِكةُ والمسلمةُ لا يختلفان في مقادير المهر، فدلَّت الآية علىٰ جواز نكاح الأمة مع وجود الطَّوْل إلىٰ الحرَّة.

فإن قال قائل: قال الله تعالىٰ: ﴿وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلًا أَن يَنكِحَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ فَمِن مَّا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُم مِّن فَتَيَٰتِكُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ﴾[٣]، فأباح نكاح الأمة عند عدم الطَّوْل إلىٰ الحرَّة، فدلَّ علىٰ حَظْر نكاحها إلىٰ وجود الطَّوْل إلىٰ الحرة.

قيل له: ليس في الآية حَظْرُ شيءٍ، وإنما فيها إباحةٌ معقودة بالشرط المذكور، ولم يَحْظُر بها ما عدا المذكور؛ لأن المخصوص بالذكر لا يدلُّ

---

(١) النساء: ٢٤.

(٢) البقرة: ٢٢١.

(٣) النساء: ٢٥.

علىٰ أن ما عداه فحُكمه بخلافه، فكيف تَخُصُّ به الإباحةَ العامةَ التي في سائرِ الآي التي ذكرنا؟

وأيضاً: قال: ﴿أَن يَنكِحَ ٱلْمُحْصَنَـٰتِ ٱلْمُؤْمِنَـٰتِ﴾، ولو وجد الطَّوْلَ إلىٰ المشركة الحرَّة، لما جاز له عند خصمنا تزويجَ أمةٍ مسلمة، ولم يكن تخصيصُه المحصناتِ المؤمنات بالذكر دليلاً علىٰ مخالفة حُكم ما عداهن.

وأيضاً: لو كان هذا الشرط موجِباً لحَظْر ما عداه، لم تدلَّ الآية علىٰ موضع الخلاف بيننا، من قِبَل أنا نَحْمِل لفظَها علىٰ الحقيقة وهو الوطء، فكأنه قال: ومَن لم يَصِل إلىٰ وطء حُرَّةٍ، لأنها ليست زوجتَه، فليتزوَّج الإماء، وكذلك نقول: إذا كانت تحته حُرَّة: لم يَجُز له أن يتزوَّج عليها أَمَة.

فإن قيل: قوله: ﴿وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلًا أَن يَنكِحَ ٱلْمُحْصَنَـٰتِ ٱلْمُؤْمِنَـٰتِ﴾ بمنزلة قولِه تعالىٰ: ﴿فَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا﴾[1]، فلا يجزىء الطعام مع الإمكان للصيام.

قيل له: لم نَمنع الإطعام مع إمكان الصيام، لقوله: ﴿فَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ﴾ فحسب، وإنما منعناه لأنه أوجب بَدءاً الصيام، وظاهرُ ذلك يمنع العدول عنه إلا علىٰ الشرط المذكور فيه، وليس معناه مَنْع العقد علىٰ الأَمَة مع وجود الطَّوْل إلىٰ الحرة.

* ومن جهة النَّظَر: لما اتفق الجميع[2] علىٰ جواز نكاح الأَمَة عند عدم الطَّوْل إلىٰ الحرة، وكان المعنىٰ هو أنه غيرُ مالكٍ لفراشِ حرَّةٍ، وهو

(١) المجادلة: ٤.

(٢) الإشراف لابن المنذر ص/١٢٢.

موجود في حال وجود الطَّوْل إلىٰ الحرة: وجب أن يجوز تزويجها.

مسألة : [تزوُّج الأمة الكتابيَّة]

قال أحمد : ولا يختلف عندنا حكم الأمة الكتابيَّة والمسلمة، وذلك لقوله تعالىٰ: ﴿فَٱنكِحُوا۟ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ﴾(١)، وهو عمومٌ في جواز نكاح الجميع.

وقال تعالىٰ: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا۟ فَوَٰحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَـٰنُكُمْ﴾(٢)، ولم يفرِّق بين الكتابيَّة والمسلمة.

وقال تعالىٰ: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ أَن تَبْتَغُوا۟ بِأَمْوَٰلِكُم﴾(٣)، وعمومُه يقتضي جواز الجميع.

وأيضاً: قال الله تعالىٰ: ﴿وَٱلْمُحْصَنَـٰتُ مِنَ ٱلْمُؤْمِنَـٰتِ وَٱلْمُحْصَنَـٰتُ مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَـٰبَ مِن قَبْلِكُمْ﴾(٤)، والأمةُ تسمَّىٰ محصَنة إذا كانت عفيفةً، ومتىٰ حصلت لها صفةٌ من صفات الإحصان: استَحَقَّت اسم إطلاق الإحصان عليها، فجاز العقد عليها بعموم الآية.

ألا ترىٰ أن قوله: ﴿وَٱلْمُحْصَنَـٰتُ مِنَ ٱلْمُؤْمِنَـٰتِ﴾، قد يتناول الحرائر والإماء، كذلك قوله: ﴿وَٱلْمُحْصَنَـٰتُ مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَـٰبَ مِن قَبْلِكُمْ﴾: يتناول الصنفَيْن.

---

(١) النساء: ٣.

(٢) النساء: ٣.

(٣) النساء: ٢٤.

(٤) المائدة: ٥.

فإن قيل: قال الله تعالىٰ: ﴿وَلَا تَنكِحُوا۟ ٱلْمُشْرِكَٰتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَّ﴾[١]، وهو عمومٌ في حَظْر الجميع، ثم قال: ﴿وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَٰبَ مِن قَبْلِكُمْ﴾، والمراد به الحرائر؛ لأن اسم الإحصان يتناول الحرَّةَ.

قيل له: وقوع اسم الإحصان علىٰ الحرة[٢]، لا ينفي أن يكون غيرُها إحصاناً.

قال الله تعالىٰ في شأن الإماء: ﴿فَإِذَآ أُحْصِنَّ فَإِنْ أَتَيْنَ بِفَٰحِشَةٍ فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى ٱلْمُحْصَنَٰتِ مِنَ ٱلْعَذَابِ﴾[٣]، فسمَّاها محصنةً مع الرِّقِّ، فإذا كان كذلك، دخلت في حكم الآية متىٰ تناولها اسم الإحصان بحال.

وأيضاً: قوله: ﴿وَلَا تَنكِحُوا۟ ٱلْمُشْرِكَٰتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَّ﴾: لا يتناول إطلاقُه الكتابيَّات؛ لأن المشرك اسمٌ واقع في الشرع علىٰ عَبَدَة الأوثان، ولا يتناول أهلَ الكتاب، قال الله تعالىٰ: ﴿مَّا يَوَدُّ ٱلَّذِينَ كَفَرُوا۟ مِنْ أَهْلِ ٱلْكِتَٰبِ وَلَا ٱلْمُشْرِكِينَ أَن يُنَزَّلَ عَلَيْكُم مِّنْ خَيْرٍ مِّن رَّبِّكُمْ﴾[٤].

وقال: ﴿لَمْ يَكُنِ ٱلَّذِينَ كَفَرُوا۟ مِنْ أَهْلِ ٱلْكِتَٰبِ وَٱلْمُشْرِكِينَ مُنفَكِّينَ﴾[٥]، ففرَّق بين الفريقين في اللفظ، فدلَّ علىٰ أن كلَّ واحدٍ من اللفظين يختصُّ عند

---

(١) البقرة: ٢٢١.

(٢) في الأصل: (الحرية).

(٣) النساء: ٢٥.

(٤) البقرة: ١٠٥.

(٥) البينة: ١.

الإطلاق بضرب دون غيره، وإن كان الجميع مشركين في الحقيقة وكفاراً، كما اختُصَّ المنافقون باسم النفاق وإن كانوا مشركين، ولا يتناولهم مع ذلك إطلاق لفظ المشركين.

فإن قيل: قال الله تعالىٰ: ﴿مِّن فَتَيَٰتِكُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ﴾[1]، فدلَّ علىٰ أن جواز النكاح منهن مقصورٌ عليهن.

قيل له: قد بيَّنَّا أن تخصيصه المؤمنات غيرُ دالٍّ علىٰ حَظْر غيرهنَّ في المسألة التي قبلها، بتخيير نكاح المؤمنات منهن بهذه الآية، وتخيير نكاح الكتابيات بالآيات الأُخَر.

* ومن جهة النظر: اتفاق الجميع[2] علىٰ جواز وطء الأمة الكتابية بملك اليمين، كما جاز وطء الأمة المسلمة، فدلَّ علىٰ أن دِيْنَها لا يَحظر نكاحَها؛ لأن حَظْر النكاح إذا كان من طريق الدِّيْن: مَنَعَ الوطء، كما يمنع النكاحَ، ألا ترىٰ أن الأمة المجوسيَّة والوثنيَّة لما لم يَجُزْ عقد النكاح عليهما، لم يَجُزْ وطؤهما بملك اليمين، فدلَّ وطؤهما بملك اليمين علىٰ جواز عقد النكاح عليهما، كالأمة المسلمة.

فإن قيل: قد يجوز له الوطء بملك اليمين من غير عَدَد، ولا يجوز عقد النكاح إلا علىٰ أربع.

قيل له: إنما يختلفان في باب العَدَد فحسب، فأما في سائر الأحكام فلا.

---

(١) النساء: ٢٥.

(٢) الإشراف لابن المنذر ص١٢٢.

ولذا قال عليٌّ وعمار بن ياسر رضي الله عنهما[١]: «ما حَرَّم الله من الحرائر شيئاً إلا حَرَّم من الإماء مثلَه، إلا رجلٌ يَجْمَعُهنَّ».

ومَن منع نكاح الأمة الكتابية فإنما منعه من جهة دِينها، وقد بيَّنَّا أن دِينَها من حيث لم يمنع الوطء، وَجَبَ أن لا يمنع النكاح كالمسلمة سواء.

مسألة: [الخُلْع]

قال أبو جعفر: (ومَن وقع بينه وبين زوجته شِقاقٌ: فله أن يطلِّقها على جُعْل يأخذه منها، بعد أن لا يتجاوز به ما أعطاها، وإن كان النشوز من قِبَله: لم ينبغ له أن يأخذ منها شيئاً، وجاز في القضاء إن فعل ذلك.

وكذلك إن كان النشوز من قِبَلها، فأعطته أكثرَ ممَّا أخذتْ: كُرِه ذلك، وجاز في القضاء).

قال أحمد: الأصل في ذلك: قول الله تعالىٰ: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُوا۟ مِمَّآ ءَاتَيْتُمُوهُنَّ شَيْـًٔا إِلَّآ أَن يَخَافَآ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ ۖ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ﴾[٢].

فاقتضىٰ ظاهر الآية جواز خلعها عند الخوف أن لا يقيما حدود الله علىٰ الكثير والقليل، إلا أن الدلالة قد قامت علىٰ أن النشوز إذا كان من قِبَله: كُرِه له أخذ شيء منها، وهو قولُ الله تعالىٰ: ﴿وَإِنْ أَرَدتُّمُ ٱسْتِبْدَالَ

---

(١) سنن البيهقي ٧/١٦٣.

(٢) البقرة: ٢٢٩.

زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَءَاتَيْتُمْ إِحْدَىٰهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُواْ مِنْهُ شَيْـًٔا ﴾[1].

فمَنَعَ أخْذَ شيءٍ منها إذا كان النشوز من قِبَله، وهو أن يريد استبدال زوج مكانَها.

ويدلُّ عليه: قولُه تعالىٰ: ﴿وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُواْ بِبَعْضِ مَآ ءَاتَيْتُمُوهُنَّ ﴾[2]، فدلَّ ذلك علىٰ أن قوله: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ ﴾: المرادُ منه: حالَ كون النشوز من قِبَلها.

ثم يُكْرَه له مع ذلك أن يأخذ منها أكثرَ ممَّا أعطاها، لما روىٰ سعيد بن أبي عَرُوبَة عن قتادة عن عكرمة عن ابن عباس «أنَّ جميلةَ بنت سَلَول أتَت النبيَّ صلىٰ الله عليه وسلم فقالت:

والله ما أَعَبْتُ علىٰ ثابت بن قَيْس في خُلُقٍ ولا دِيْنٍ، ولكنِّي أَكْرَهُ الكفرَ في الإسلام، لا أُطيقُه بُغْضاً[3].

فقال لها النبي صلىٰ الله عليه وسلم: أَتَرُدِّيْنَ عليه حديقَتَه؟ قالت: نعم، فأَمَرَه النبيُّ صلىٰ الله عليه وسلم أن يأخذ منها حديقَتَه، ولا يزداد»[4].

وروىٰ ابن جرير عن عطاء عن ابن عباس «أنَّ رجلاً وامرأةً اختصما

---

(١) النساء: ٢٠.

(٢) النساء: ١٩.

(٣) وكان ثابت بن قيس رجلاً دميماً، تبغضه لذلك، ولا تحب البقاء معه، وتخاف إن بقيت معه أن تقع فيما يقتضي الكفر، ينظر فتح الباري ٩/ ٤٠٠.

(٤) صحيح البخاري ٩/ ٣٩٥.

إلىٰ رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم فقال: أَتَرُدِّيْنَ عليه حديقتَه؟ قالت: نعم وأَزِيْدُه، قال: أما الزّيادة فلا»[١].

فمَنَعَه النبيُّ صلىٰ الله عليه وسلم أَخْذَ الزيادة مع كون النشوز من قِبَلها، فعَلِمنا أنَّ مراد الآية في قوله: ﴿فِيمَا ٱفۡتَدَتۡ بِهِۦ﴾: ما بَيْنه وبين ما أعطاها من المهر.

* وإنما جازت الزيادة في القضاء، وجاز جُعْلُها وإن كان النشوزُ من قِبَله في الخلع، من قِبَل أن النهي عن أَخْذ الجُعْل في كونه ناشزاً، وعن أَخْذه الزيادةَ إذا كانت هي الناشزة، لم يتناول معنىً في نفس العقد، وإنما يتناولُ معنىٰ في غيره، فلا يمنع صحةَ وقوعه.

ألا ترىٰ أنه لو كان تزوَّجَها بَدْءاً علىٰ هذا القَدْر: جاز له أن يأخذ منها، فعَلِمنا أن النَّهي إنما تناوله؛ لأنه لم يُعطها ذلك، لا لمعنىٰ في نفس العقد، فصار كالبَيْع عند أذان الجمعة، وكتلَقِّي الجَلَب، وبيعِ الحاضر للبادي.

مسألة : [ليس للحَكَمَيْن في الشقاق التفريق إلا بالتفويض]

قال : (وليس للحَكَمَيْن في الشقاق أَنْ يفرِّقا إلا أن يجعل ذلك إليهما الزوجان).

قال أحمد : وروي عن عليٍّ رضي الله عنه مثل ذلك[٢].

---

(١) سنن ابن ماجه ١/٦٦٣، سنن البيهقي ٧/٣١٣-٣١٤، وقد تكلَّم ابن حجر في الفتح ٩/٤٠٢ عن هذه الرواية وطرقها وبيَّن ثبوتها وصحتها.

(٢) سنن البيهقي ٧/٣٠٥-٣٠٦.

وقال ابنُ عباس[١] في قوله تعـالىٰ: ﴿فَٱبۡعَثُواْ حَكَمًا مِّنۡ أَهۡلِهِۦ وَحَكَمًا مِّنۡ أَهۡلِهَآ﴾[٢]: أن ما حكَمَ به الحكمان جاز علىٰ الزوجين.

والقولُ الأول أصحُّ، وذلك لأنهما وكيلان، ولا يجوز تصرُّفُ الوكيل إلا في ما جُعِلَ إليه، ووُكِّل به، فإذا لم يُوكَّلا بالفُرْقة والخُلْع: لم يجز لهما فِعْلُ ذلك.

مسألة:

قال أبو جعفر: (والخلعُ تطليقةٌ بائنة).

وذلك لأنه مُختصٌّ بالنكاح، موجَبٌ بإيجـاب الـزوج، لا بمعـنىٰ في العقد، ولا يوجِب تحريماً مؤبَّداً، وهذه صفة الطلاق.

قال أحمد: وقال ابن عباس[٣]: ليس بطلاق، وهو فـسخ[٤]، فـإن الله تعالىٰ أدخَلَه بين طلاقَيْن، ثم حكَمَ بصحة الثالثة بعده[٥] بقوله: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ﴾[٦].

---

(١) سنن البيهقي ٧/٣٠٥.

(٢) النساء: ٣٥.

(٣) مصنف عبد الرزاق ٦/٤٨٧، سنن البيهقي ٧/٣١٦.

(٤) فلا يُنقِص عدد الطلاق.

(٥) «فأثبت الثالثة بعد الخلع، فدل علىٰ أنَّ الخلع ليس بطلاق، إذ لو كان طلاقاً لكانت هذه رابعة، لأنه ذكر الخلع بعد التطليقتين، ثم ذكر الثالثة بعد الخلع»، كما في أحكام القرآن للمؤلف ١/٣٩٦.

(٦) البقرة: ٢٣٠.

قال أحمد: وهذا غير دالٍّ علىٰ ما قال؛ لأنه قال: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ﴾[١]، بَيَّنَ به حُكْم التطليقتَيْن علىٰ غير وجه الخُلْع، قال: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَا فِيمَا ٱفۡتَدَتۡ بِهِۦ﴾[٢] علىٰ التطليقتَيْن، ثم قال: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا﴾ وهي الثالثة، فلا دلالة فيه علىٰ جواز خلعٍ بعد التطليقتين قبل[٣] تطليقة ثالثة.

ويدلُّ علىٰ صحة قولنا: أنَّ الخلع كناية عن الطلاق، كالخَلِيَّة، والبَرِيَّة[٤]، وهو من جهة الزوج، فهو طلاق؛ لأنه لو لم يكن طلاقاً لَمَا وقعتْ به فُرْقة، لأنّ كلَّ لفظ قُصِدَ به الفُرقة، وليس بكناية عن الطلاق: أنه[٥] لا يقع به طلاق، نحو قوله: اسْقِ ماءً.

وأيضاً: لم يختلفوا[٦] أنَّ الخلع إذا أُريد به الطلاق كان طلاقاً، فعَلِمنا أن الفرقة قد تعلَّقَت من حيث كان طلاقاً.

---

(١) البقرة: ٢٢٩.

(٢) البقرة: ٢٢٩.

(٣) في الأصل: (بين).

(٤) وهي كناية، لأنها تحتمل الطلاق وغيره، فقوله: أنت خلية، نسبة إلىٰ الشر، أي خلية من الخير، بريَّة من حُسن الخلق، أو أفعال المسلمين، كما في الكفاية للخوارزمي ٤٠١/٣، وتحتمل أنها للطلاق، والمقصود: أنتِ خلية مني، وخلَّيتُ سبيلَك، وأنت بريَّة مني، والله أعلم.

(٥) في الأصل: (لأنه).

(٦) المغني ١٨١/٨.

مسألة : [عِدَّة الخلع كعِدَّة الطلاق]

قال أبو جعفر : (والعِدَّة في الخلع، كهي في الطلاق).

لقول الله تعالىٰ: ﴿ وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ ﴾[1]، ولم يفرِّق بين الخلع وغيره.

وقد روي عن عثمان بن عفان أن المختلعة تعتدُّ بحَيْضةٍ واحدة[2].

قال أحمد : ولمَّا ثبت أن ما علىٰ المختَلِعَة من ذلك يمنَعُها التزوُّج، دلَّ علىٰ أنها عِدَّة، وليست باستبراء، فكانت كسائر العِدَد الواجبة عن الفُرقة الواقعة في حال الحياة.

* **قال** : (وللمرأة فيه النفقة والسكنىٰ كسائر المطلَّقات).

مسألة : [أثر الخلع في الحقوق التي بَيْن الزوجين]

قال : (وإن كان لواحدٍ من الزوجَيْن علىٰ صاحبه حقٌّ بسبب النكاح الذي كان بينهما، من صداق أو نفقة: فالخلع براءةٌ منه في قول أبي حنيفة).

قال أحمد : هي ثلاث مسائل: الخُلْعُ، والمُبارأةُ، والطلاقُ علىٰ مال.

ولا خلاف بينهم أنه إذا قال: قد طلَّقْتُك علىٰ ألف درهم: أنه لا يبرأُ من سائر الحقوق التي كانت وَجَبَتْ لها بسبب النكاح.

وأما المبارأة: فإن أبا حنيفة وأبا يوسف اتفقا أنه توجب البراءة من

(١) البقرة: ٢٢٨.

(٢) مصنف عبد الرزاق ٦/٥٠٦-٥٠٧، سنن البيهقي ٧/٤٥١.

سائر الحقوق الواجبة بينهما بسبب النكاح.

وأما الخُلع علىٰ مال: فإن أبا حنيفة أوجب به البراءة، ولم يوجِبْها أبو يوسف، وجَعَلَه بمنزلة الطلاق علىٰ مال.

وأما محمد: فإنه لا يوجب البراءةَ من شيء، وإنما يتناول ما وَقَعَ عليه التسمية في عقد الخلع، والمبارأة كالطلاق علىٰ المال المتفق عليه.

فأما وجه قول أبي حنيفة: فهو أنَّ المبارأة تقتضي وقوع البراءة من كل واحدٍ منهما لصاحبه فيما يتعلَّق بالنكاح من الحقوق؛ لأن المبارأة وقوع البراءة لكلٍّ واحدٍ منهما، فهي شاملة لجميع الحقوق الواجبة بالنكاح.

وإذا ثبت ذلك في المبارأة، جَعَلَ أبو حنيفة الخلع كهي؛ لأن لفظ الخلع تضمَّن البراءة هكذا بموضوعه، لأنه مأخوذ من: خَلَعَ الشيءَ من الشيء.

ويدل عليه قولُ النبي عليه الصلاة والسلام: «مَن فارق الجماعةَ قِيْدَ شِبْر، فقد خَلَعَ رِبْقَةَ[1] الإسلام من عُنُقه»[2]، يعني أنه قد برئ منه.

ويُقال: خُلِعَ الخليفة: إذا برئ من الخلافة، وخَرَجَ منها، ولا جائز

---

(١) «الربقة: ما يُجعل في عنق الدابة، كالطوق يمسكها لئلا تشرد، ويكون المعنىٰ: أي مَن فارقهم: فقد ضل وهلك، وكان كالدابة إذا خلعت الربقة التي هي محفوظة بها، فإنها لا يؤمَن عليها عند ذلك الهلاك والضياع»، كما في معالم السنن للخطابي ١٤٨/٧.

(٢) سنن أبي داود ١١٨/٥ وسكت عنه هو والمنذري في المختصر ١٤٨/٧.

أن يكون مخلوعاً، وقد بقي له شيء من أحكامه، فدلَّ علىٰ أن لفظ الخلع يتضمن البراءة.

وأما أبو يوسف فقال: المبارأة لفظٌ موضوع للبراءة، ولا يُعْقَل به غيرها، فأوجَبْنا البراءة، والخلعُ بمنزلة الطلاق علىٰ مال.

وأما محمد: فجَعَلَهُما جميعاً كالطلاق علىٰ المال.

* * * * *

تم كتاب النكاح



فهرس الموضوعات

* * * * *